الوسيط
في شرح القانون المدني

الجزء الثالث

نظرية
الالتزام بوجه عام

الأوصاف - الحوالة - الانقضاء

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

الوسيط

في شرح القانون المدني الجديد

(٣)

نظرية

الالتزام بوجه عام

الأوصاف - الحوالة - الانقضاء

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

القسم الأول

أوصاف الالتزام

(Modalités des Obligations)

ترتيب البحث

١ — الالتزام البسيط والالتزام الموصوف : عند ما بسطنا آثار الالتزام فى القسم الثانى من الجزء الثانى من الوسيط كنا نواجه الالتزام فى صورته البسيطة ، فهو التزام بسيط لم يلحقه وصف ما . ولكن الالتزام قد تلحقه أوصاف متنوعة فى عناصره المختلفة . وعناصر الالتزام ثلاثة : (١) رابطة قانونية (juris vinculum) تربط المدين بالدائن . (٢) محل الالتزام (objet de l'obligation) وهو الشىء الذى يلتزم المدين بأدائه للدائن . (٣) طرفا الالتزام (sujet de l'obligation) وهما الدائن والمدين . والالتزام الذى بسطنا آثاره فيما تقدم هو الالتزام فى صورته البسيطة فى كل عنصر من هذه العناصر : الرابطة القانونية فيه وجودها محقق ونفاذها فورى ، وله محل واحد ، وكل من طرفيه واحد لا يتعدد . ولكن قد يلحق الالتزام فى أحد هذه العناصر الثلاثة وصف (modalité) يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار ، فيكون الالتزام موصوفاً (١) .

وهذا الوصف إما أن يلحق العنصر الأول من عناصر الالتزام ، رابطة المديونية ، فتعلق هذه الرابطة على شرط ويصبح وجودها غير محقق ، ويسمى هذا الوصف بالشرط (condition) . أو يتراخى نفاذ الرابطة إلى أجل ، ويسمى

---

(١) أما إذا لم يلحق الوصف عنصراً من عناصر الالتزام ، فلا يكون الالتزام موصوفاً ، بل بسيطاً منجزاً . ومن ثم لا يعتبر موصوفاً الالتزام المضمون برهن أو بحق امتياز أو بكفالة أو بنحو ذلك ، ولا الالتزام غير معلوم القيمة ، ولا الالتزام التبعى كالتزام الكفيل ، فهذه كلها التزامات بسيطة منجزة ، وأن كان لكل منها خصوصية تميزه (أنظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٣ — فقرة ٦٩٤) .

هذا الوصف بالأجل (terme) . فعندنا إذن لعنصر رابطة المديونية وصفان : الشرط والأجل .

وإما أن يلحق الوصف العنصر الثانى من عناصر الالتزام ، وهو المحل . فلا يكون هذا المحل واحداً ، بل يتعدد (pluralité d'objets) . والتعدد إما أن يكون جمعياً (conjoint) ، أو تخييرياً (alternatif) ، أو بدلياً (facultatif). فعندنا إذن لعنصر المحل أوصاف ثلاثة : وصف الجمع فى الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) ، ووصف التخيير فى الالتزام التخييرى (obligation alternative) ، ووصف البدل فى الالتزام البدلى (obtigation facultative) .

وإما أن يلحق الوصف العنصر الثالث من عناصر الالتزام ، فيتعدد أحد الطرفين الدائن أو المدين أو يتعدد كلاهما (pluralité de sujets) . وتعدد كل من الدائن والمدين قد يكون من غير تضامن أو يكون بطريق التضامن (solidarité). وقد يتعدد الدائن أو المدين فى التزام يكون غير قابل للانقسام (indivisible). فعندنا إذن لعنصر طرفى الالتزام أوصاف ثلاثة : تعدد الطرفين فى غير تضامن (١) ، وتعددهما بطريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام (٢) .

٣ — **موضوعات هذا القسم** : فالكلام إذن فى أوصاف الالتزام يكون فى ثلاثة أبواب متعاقبة :

الباب الأول — فى الشرط والأجل .

---

(١) ويتعدد الدائن والمدين ، فى غير تضامن أيضاً ، فى الدعوى المباشرة على النحو الذى بيناه عند الكلام فى هذه الدعوى (الوسيط ٢ فقرة ٥٩٣ وما بعدها) ، والوصف فى هذه الحالة مصدره القانون .

(٢) والوصف أمر عارض (accidentel) يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى هذا أركانه . فلو رفع عنه لارتفع دون أن يزول الالتزام ، بل يبقى دون وصف فى صورته البسيطة . فلو صح الوصف ركناً من أركان الالتزام لما كان أمراً عارضاً ولزال الالتزام بزواله ، فلا يعتبر وصفاً . ويترتب على ذلك : (١) أن السبب إذا لم يوجد فى الالتزام المجرد (obligation abstraite) فليس هذا وصفاً ، إذ أن الأمر متعلق بركن فى الالتزام . (٢) إن العقود الزمنية — كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد — ليست عقوداً موصوفة ، لأن الزمن عنصر من عناصر المحل ، والوصف لا يكون عنصراً فى الركن بل هو عنصر عارض كما قدمنا .

الباب الثانى — فى تعدد محل الالتزام : الالتزام متعددة المحل ، والالتزام التخييرى ، والالتزام البدلى .

الباب الثالث — فى تعدد طرفى الالتزام : التعدد بغير تضامن ، والتعدد بطريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام(١) .

---

(١) وقد رأينا فى مستهل الجزء الثانى من الوسيط ، عند الكلام فى إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانونى والواقعة المادية ، أن ترتيب البحث من هذا الأساس يجعلنا نعالج أوصاف الالتزام فى باب أركان التصرف القانونى ، ويكون كل من الشرط والأجل والتضامن وعدم القابلية للانقسام وصفاً من أوصاف الإرادة ، كما يكون بحث الالتزام التخييرى والالتزام البدلى عند الكلام فى المحل وتعدده (الوسيط ٢ ص ٤) . ولكن يلاحظ على هذا الترتيب أن الأوصاف المتقدمة الذكر لا تلحق الالتزام الإرادى وحده ، بل هى أيضاً تلحق الالتزام غير الإرادى . فالأولى إذن أن تبقى أوصاف الالتزام فى نطاق نظرية الالتزام فى ذاته ، لا أن تنتقل إلى نظرية التصرف القانونى ، ما دامت هذه الأوصاف تلحق الالتزام أياً كان مصدره ، تصرفاً قانونياً كان هذا المصدر أو واقعة مادية .

على أنه يغلب أن يكون الشرط والأجل وصفين فى الالتزام الإرادى دون غيره . ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الشرط والأجل هما قيدان على أثر الإرادة ، فيكونان جزءاً منها . وفى هذا تجوز لا محل له . والصحيح أن كل التزام إرادى هو التزام أريد فى أركانه الثلاثة وفى عناصره العارضة ، فالشرط والأجل ، كالمحل والسبب ، ليست أجزاء من الإرادة ، بل هى عناصر مستقلة عنها ، والإرادة تتعلق بها جميعاً .

الباب الأول

الشرط والأجل

٣ — **التقنين المدنى الجديد والتقنين المدنى السابق :** احتوى التقنين المدنى الجديد على نصوص عدة فى كل من الشرط والأجل .

فقد عالج الشرط ، فى المواد من ٢٦٥ إلى ٢٧٠ ، علاجاً إذا كان قد اقتصر فيه على القواعد الأساسية ، فقد رتب هذه القواعد ترتيباً منطقياً وأحكم وضعها ، ولكنه لم يخرج فيما وضعه من القواعد عما احتواه التقنين المدنى السابق . وقد استبقى التقنين الجديد التصوير اللاتينى للشرط ، لاسيما فيما يتعلق بأثره الرجعى .

وعالج الأجل ، فى المواد من ٢٧١ إلى ٢٧٤ ، علاجاً ضبط به حدود أحكام الأجل ، وهذب فى نصوص التقنين السابق ، وكانت هذه أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط . فأزال التقنين الجديد فى نصوصه ما علق بالنصوص القديمة من غموض وإبهام ، لاسيما فى أسباب انقضاء الأجل ، وفى تعجيل الوفاء بالدين ، وفيما جرى به العرف من الدفع عند المقدرة أو الميسرة(١) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « خلا التقنين المصرى الراهن (السابق) إلا من قلة من النصوص بشأن الشرط . وقد أسهب المشروع فى هذا الصدد ، رغم اقتصاره على القواعد الأساسية وأخذ كثيراً من الأحكام عن المشروع الفرنسى الإيطالى ، وقد أتيح له بذلك أن يبقى على التصوير اللاتينى لفكرة الشرط ، ولا سيما فيما يتعلق باستناد أثره . ولم يستحدث المشروع شيئاً جوهرياً فيما يتعلق بالأجل . ومع ذلك فهو لم يغفل فى هذه الناحية عن ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً ينطوى بغير شك على تحسين أو تهذيب فى نصوص التقنين الراهن (السابق) ، وهى بعد أكثر اقتضابا فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط . فلم يفرد هذا التقنين لأحكام الأجل سوى نصين قاصرين أبترين ، لايلمح فيهما أثر للكلف أو العناية بعرض صورة جامعة كاملة المعالم . وقد تناول المشروع هذه =

والشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله . فاذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط واقفاً . أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط فاسخاً .

والأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فاذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على حلول الأجل، كان الأجل واقفاً . أما إذا كان الالتزام قد صار نافذاً فعلا وكان زواله هو المترتب على حلول الأجل ، كان الأجل فاسخاً .

فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والأجل هو إذن تحقق الوقوع وعدم تحققه : كلاهما أمر يقع فى المستقبل(١) ، ولكن الأجل محقق الوقوع ، أما الشرط فوقوعه غير محقق(٢) .

وتتناول فى فصلين متعاقبين الشرط والأجل .

= الأحكام ، ونهج فى تنظيمها نهجاً منطقياً . وعرض كذلك لطائفة من المسائل لم تعن النصوص القائمة بإزالة ما يكتنفها من الشك والابهام . وأخص هذه المسائل أسباب انقضاء الأجل وتعجيل الوفاء بالدين وما جرى به العرف من الاتفاق على الدفع عند المقدرة أو الميسرة ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥) .

(١) وكل من الشرط والأجل هو النافذة التى يطل منها النظام القانونى على المستقبل ، فالنشاط القانونى لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر ، بل لابد أن يمتد إلى المستقبل . فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضى منه ذلك ، وتدفعه إليه دفعاً . وكثير من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا فى ظروف وملابسات غير محددة ، والمستقبل وحده هو الذى يكشف عنها . ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل ، فكلاهما أمر مستقبل يرد إليه مصير العلاقات القانونية ، وعن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم فى المستقبل (أنظر فى هذا المعنى اهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٢ – ص ١٦٣) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ – ص ٤٧٢ .

الفصل الأول

الشرط (*)

(La Condition)

٤ — قيام الشرط والآثار التي تترتب عليه : نبحث في الشرط أمرين :

(أولا) قيام الشرط ، ونعني بذلك : (١) مقومات الشرط (٢) نوعي الشرط الواقف والفاسخ (٣) المصدر المنشيء للشرط وأي الحقوق يلحقها وصف الشرط .

(ثانياً) مايترتب على الشرط بعد قيامه من الآثار .

(*) مراجع : أوبري ٠٠ ٠ ٨) وبارتان (Bartin) طبعة سادسة ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٧ — ص ١٢٤ — بو... ..رد (Baudry et Barde) طبعة ثانية ٢ فقرة ٧٤٢ — فقرة ٩٦٧ — بنكاز (Bonnecase) ٤ فقرة ٦٢٦ وما بعدها — بلانيول وريبير وجابولد (Planiol, Ripert et Gabolde) طبعة ثانية ٧ فقرة ١٠٢٤ — فقرة ١٠٤٦ — بيدان ولاجارد (Beudant et Lagarde) طبعة ثانية ٨ فقرة ٧٢٣ — فقرة ٧٦٢ وفقرة ٧٧٨ — فقرة ٧٩٦ — جان دي جارو دي لا ميشيني (Jean du Gurreau de la Méchenie) في أنسيكلوبيدي داللوز (Encyclopédie Dalloz) ١ لفظ (Condition) .

بارتان (Bartin) في نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ — ليلتييه (Lepelletier) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٩ — لولتر (Leloutre) رسالة من كان سنة ١٩٠٤ — دي لوان (De Loynes) في الملكية المعلقة على شرط فاسخ رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — إيجو (Eygont) في الأثر الرجعي لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — تيودرسكو (Théodoresco) في نظرية الشرط الإداري في عقود المعارضة رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — فلدرمان (Filderman) وجهة الشرط في الاتفاقات رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ .

وعند الإشارة إلى المؤلفات التي تكرر طبعها نشير إلى التي ذكرناها هنا .

الفرع الأول

قيام الشرط

المبحث الأول

مقومات الشرط

٥ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

وتنص المادة ٢٦٦ على ما يأتى :

« ١ — لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً . أما إذا كان فاسخاً ، فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم » .

« ٢ — ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو للنظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » .

وتنص المادة ٢٦٧ على ما يأتى :

« لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم »(١).

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦٥ : ورد هذا النص فى المادة ٣٨٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦ — ص ٨) .

م ٢٦٦ : ورد هذا النص ٣٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٨ فى المشروع النهائى . —

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٥٧/١٠٣ (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٦٥ – ٢٦٧ – وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٥٢ – ٢٥٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٨٥ – ٢٨٧ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٨١ – ٨٧ (٢) .

= ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨ — ص ١٠) .

م ٢٦٧ : ورد هذا النص فى المادة ٣٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ — ص ١٣) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١٥٧/١٠٣ : يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدمه وجود ذلك التعهد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله .

(ويلاحظ الخطأ المادى الوارد فى هذا النص من أن التعهد المشروط هو الذى يكون معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق . والصحيح أنه يكون معلقاً على أمر مستقبل غير محقق . وقد تجنب التقنين المدنى الجديد هذا الخطأ المادى ، فلم يعطف الاستقبال على عدم تحقق الوقوع « بأو » ، بل جمع بين الوصفين للافصاح عن وجوب تلازمهما : المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ — والتون ٢ ص ٣٤٠ — استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢٦٥ — ٢٦٧ (مطابقة للمواد ٦٥ — ٢٦٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٥٢ — ٢٥٤ (مطابقة للمواد ٢٦٥ — ٢٦٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٨٥ : العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل ، ويقع حكمه فى الحال .

م ٢٨٦ – ١ : العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ . ٢ : ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود ، لا محققاً ولا مستحيلا .

م ٢٨٧ – ١ : إذا علق العقد على شرط مخالف للنظام العام أو الآداب ، كان باطلا إذا كان هذا الشرط واقفاً ، فإن كان فاسخاً كان الشرط نفسه لغواً غير معتبر . ٢ : ومع ذلك يبطل العقد الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو للنظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد .

(ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنينين المصرى والعراقى ، غير أن أسلوب التقنين العراقى مقتبس من تعبيرات الفقه الإسلامى، ولم يرد فى التقنين العراقى نص فى الشرط الإرادى المحض). =

ويستخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن للشرط مقومات ثلاثة : (١) فهو

— تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨١ : الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه ، ويكون له مفعول رجعى إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب . وفى الحالة الأولى المشار إليها فى الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق ، وفى الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء . إن العارض الماضى أو الحاضر ، وإن جهله الفريقان ، لا يعد شرطاً بالمعنى المقصود فى هذه المادة .

م ٨٢ : إن اشتراط الشىء المستحيل أو المخالف للآداب أو للقانون باطل ومبطل للاتفاق المعلق عليه . وإن صيرورة الشرط ممكناً فيما بعد من الوجه المادى أو الوجه القانونى لا تجعل الاتفاق صحيحاً . بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك ، أى أن الشرط المستحيل أو غير المباح يعد كأنه لم يكتب ، إذا كان الفريقان لم يجعلا له شأناً جازماً ولم يكن له فى التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على إنشاء الموجب .

م ٨٣ - باطل كل شرط من شأنه أن يقيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان كاستعمال حقوقه فى الزواج أو حقوقه المدنية . غير أن هذا الحكم لا يسرى على الحالة التى يحبس فيها أحد الفريقين نفسه عن ممارسة صناعة أو مهنة ما فى زمن معين أو مكان محدود . إما شرط بقاء الترمل فيكون صحيحاً إذا وجد ما يصوبه من الأسباب المشروعة ، وحق تقديرها يعود إلى القاضى .

م ٨٤ : يكون الموجب باطلا إذا جعل وجوده موقوفاً على إرادة الموجب عليه وحدها (وهو الشرط الإرادى المحض) . غير أنه يحق للفريقين أو لأحدهما أن يحفظ لنفسه حق التصريح فى مهلة معينة بأنه يريد البقاء على العقد أو فسخه . وهذا التحفظ لا يجوز اشتراطه فى الاعتراف بالدين ولا فى الهبة ولا فى إسقاط الدين ولا فى بيع السلم .

م ٨٥ : إذا لم تعين المهلة فى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة ، فكل فريق يمكنه أن يوجب على الفريق الآخر التصريح بقراره فى مهلة كافية . وإذا انقضت المهلة ولم يصرح ذلك الفريق برغبته فى فسخ العقد ، أصبح العقد نهائياً من تاريخ انعقاده . وإذا صرح جلياً للفريق الآخر برغبته فى فسخ العقد ، عد الاتفاق كأنه لم يكن .

م ٨٦ : إذا توفى قبل انقضاء المهلة الفريق الذى احتفظ بنفسه بحق الفسخ ولم يكن قد أفصح عن مشيئته ، كان لورثته الحق فى إبقاء العقد أو فسخه فى المدة التى كانت باقية لمورثهم . وإذا اختلف الورثة فالذين يريدون البقاء على العقد لا يمكنهم إجبار الآخرين على قبوله ، ولكن لهم أن يتخذوا العقد كله لحسابهم الخاص .

م ٨٧ : إذا جن الفريق الذى احتفظ لنفسه بحق الفسخ أو فقد الأهلية الشرعية بسبب آخر ، فالمحكمة ، بناء على طلب الفريق الآخر أو غيره من ذوى العلاقة ، تعين وصياً خاصاً لهذا الغرض ، فيقرر بترخيص من المحكمة ما إذا كان هناك محل لقبول العقد أو لفسخه حسبما تقتضيه مصلحة فاقد الأهلية . أما فى حالة الإفلاس فيتولى الوصاية حتما وكيل التفليسة أو غيره من ممثلى جماعة الدائنين .

(والأحكام المقررة فى التقنين اللبنانى تتفق فى جملتها مع الأحكام المقررة فى التقنين المصرى ، غير أن التقنين اللبنانى جاء أكثر إفاضة فى التفصيلات على ما رأينا ، ولا سيما فيما يعرف فى الفقه الإسلامى بخيار الشرط ، فقد نظمه تنظيماً تشريعياً مستفيضاً) .

أمر مستقبل (٢) غير محقق الوقوع (٣) وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب . وهناك مقوم رابع ، هو أن الشرط أمر عارض إضافي يمكن تصور الالتزام بدونه . وهذه ظاهرة عامة في أوصاف الالتزام ، ولكنا آثرنا أن نذكرها في الشرط لأهميتها بالنسبة إليه ، إذ هي التي تميز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي .

ونستعرض الآن هذه المقومات الأربعة .

§ ١ — أمر مستقبل

٦ — **يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً :** يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً (évènement futur) . فاذا وعد شخص آخر بجائزة إذا عثر على مال له مفقود ، أو وعد أب ولده بجائزة إذا نجح في الامتحان ، أو وعد الأب ابنه بأن يهب له منزلا إذا تزوج ليهيء له أمر سكناه ، فكل من العثور على المال المفقود والنجاح في الامتحان والزواج أمر مستقبل ، ومن ثم كان كل من الالتزام بالجائزة أو الهبة التزاماً معلقاً على شرط ، إذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط .

وإذا أوصى زوج لزوجته بدار تسكنها على أن تتفرغ لتربية أولادها منه فلا تتزوج بعده وإلا فسخت الوصية ، أو باع شخص أحد متجريه واشترط على المشترى أن يكون البيع مفسوخاً إذا نافسه في المتجر الآخر الذي استبقاه ، فكل من الزواج في المثل الأول ومن المنافسة في المثل الثاني أمر مستقبل ، ومن ثم كانت الالتزامات المترتبة على كل من الوصية والبيع معلقة على شرط ، إذ يتوقف زوالها على تحقق هذا الشرط .

٧ — **لا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً :** فلا بد إذن أن يكون الشرط أمراً مستقبلا . أما إذا كان أمراً ماضياً أو حاضراً فهو ليس بشرط ، حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل ما إذا كان الأمر الماضي قد وقع أو لم يقع ، أو ما إذا كان الأمر الحاضر واقعاً أو غير واقع . فلو أن الواعد بالجائزة ، في المثل المتقدم ، وقت أن وعد بها كان الموعود له قد عثر

على المال المفقود ولا يعلم الواعد ذلك ، فالتزام الواعد بالجائزة التزام منجز غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفاء فى الحال . ولو أن الأب الذى وعد ابنه بجائزة إذا نجح فى الامتحان كان وقت أن وعد بها لا يعلم أن نتيجة الامتحان قد ظهرت بالفعل وأن ابنه قد رسب ، فالتزام الأب بإعطاء ابنه الجائزة التزام لم يوجد ولن يوجد ، فهو التزام غير موجود أصلا منذ البداية وليس التزاماً معلقاً على شرط . ولو أن الأب وقت أن وعد ابنه بأن يهب له منزلا إذا تزوج كان لا يعلم أن ابنه قد تزوج فعلا ، فالتزام الأب بالهبة يكون التزاماً منجزاً غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفاء فى الحال(١) .

واعتقاد الملتزم ، فى الأمثلة المتقدمة ، أن التزامه معلق على شرط بينما هو التزام منجز ، بل اعتقاد الطرفين معاً ، المدين والدائن ، أن الشرط لم يتبين مآله بعد وأن الالتزام معلق على شرط ، لا يؤثر فى أن الالتزام منجز لو كان

---

(١) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٠ ص ؛ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ، ترتب الالتزام منجزاً لا معلقاً ، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك : أنظر المادة ١١٨١ فرنسى والمادة ٨١ لبنانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧) .

وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٢٤١/٣٠٧) يجعل الهلاك على المشترى إذا كان المبيع مما يوزن أو يعد أو يكال أو يقاس ، ووزن أو عد أو كيل أو قيس ولو قبل تسليمه إلى المشترى . وقد كان هذا الحكم شاذاً ، إذ كان يخرج على القاعدة العامة التى تقضى بأن هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على المشترى . وقد أزال التقنين الجديد هذا الشذوذ ، فجعل الهلاك على البائع فى الحالة التى نحن بصددها . ومن ثم كانت هناك ، فى التقنين المدنى السابق ، أهمية عملية لاعتبار الالتزام منجزاً إذا علق على أمر غير مستقبل فى معرض الآتى (وننقله من الموجز ص ٤٢٣) : شخص يبيع لآخر مائة قنطار من القطن توخذ من مخزنه ، ويعلق التزامه على صدور قانون بجواز زراعة القطن فى نصف الزمام ، ويكون هذا القانون قد صدر فعلا وقت البيع وهو يجهل ذلك . فى مثل هذا الفرض يكون التزام البائع — وقد علق على شرط قد تم من قبل — التزاماً منجزاً ، فلو احترق القطن بعد وزنه وقبل تسليمه للمشترى يكون الهلاك على المشترى (٢٤١/٣٠٧ من التقنين المدنى السابق) . أما إذا كان القانون لم يصدر إلى يوم احتراق القطن ، فإن الهلاك يكون على البائع ، لأن التزامه يكون معلقاً على شرط هو صدور القانون وقد صار الوفاء بالالتزام مستحيلا قبل تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقق الشرط بعد ذلك تأثير (م ١٠٦/١٦٠ من التقنين المدنى السابق) — قارب كولان وكابيتان ، فقرة ٦٤٧ .

هذا الأمر قد تحقق فعلا قبل وجود الالتزام ، أو فى أن الالتزام غير موجود أصلا لو كان هذا الأمر لم يتحقق (٢) .

٨ — قد يكون الأمر المستقبل أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً — والأمر المستقبل الذى ينطوى عليه الشرط قد يكون أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً . فالأب الذى التزم بأن يهب ابنه داراً إذا تزوج قد علق التزامه على شرط هو زواج ابنه ، وهذا أمر إيجابى . والزوج الذى يوصى لامرأته بدار على شرط ألا تتزوج بعده قد علق الوصية على شرط هو عدم زواج امرأته ، وهذا أمر سلبى .

ولا فرق فى الحكم بين ما إذا كان الشرط أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً ، ولا يكاد يكون للتفرقة أهمية عملية إلا من ناحية تقدير الوقت الذى يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف . ففى الشرط الإيجابى تحدد عادة مدة قصيرة إذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفاً ، وفى الشرط السلبى تكون المدة عادة طويلة فالزوجة الموصى لها بالدار بشرط ألا تتزوج بعد موت زوجها عليها ألا تتزوج طول حياتها .

على أن الأمر الواحد — كما يقول بودرى وبارد (٢) — قد تكون له ناحية إيجابية وناحية سلبية وهو هو لم يتغير ، فيستطاع وضعه فى صورة شرط إيجابى أو فى صورة شرط سلبى . فاذا التزم شخص لآخر ، وعلق التزامه على شرط هو أن يعيش الملتزم له خارج مدينة القاهرة حتى يبتعد عن ملاهيها ، فقد وضع الشرط فى صورة أمر إيجابى . ويستطيع أن يضع نفس الشرط فى صورة أمر سلبى إذا اشترط على الملتزم له ألا يعيش فى مدينة القاهرة .

... [illegible] إذا [illegible] الطرفان أن الشرط قد تحقق أو هو متحقق ، ومع ذلك علقا الالتزام [illegible] [illegible] قد يقع مرة أخرى فى المستقبل ، وكانا واهمين فى هذا الظن إذ أن الأمر لن يقع [illegible] الشرط يكون فى هذه الحالة أمراً مستحيلا (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٠ [illegible]) .

(٢) [illegible] فقرة ٧٧٦ — وانظر أيضاً ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨٣ — فقرة ٢٨٤ .

§ ٢ — غير محقق الوقوع

٩ — يجب أن يكون الشرط غير محقق الوقوع : تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨٦ من التقنين المدنى العراقى : « يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود ، لامحققاً ولا مستحيلا » . وهذا تعبير استعير من الفقه الإسلامى لهذا المقوم من مقومات الشرط . فالشرط يجب أن يكون أمراً غير محق الوقوع ، وهذا الشك فى وقوع الأمر هو لب الشرط والصميم فيه .

فاذا كان الأمر محقق الوقوع ، فانه لايكون شرطاً . وكذلك لا يكون شرطاً أمر مستحيل الوقوع . وإنما يكون الشرط أمراً محتمل الوقوع ، لامحققاً ولا مستحيلا(١).

١٠ — لايكون شرطا الامر محقق الوقوع : فاذا كان الأمر مستقبلا ولكنه محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطاً ، بل يكون أجلا كما سبق القول . فاذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد، كان الالتزام مقترناً بأجل لامعلقاً على شرط ،لأن موسم الحصاد فى المألوف من شؤون الدنيا لابد آت ، فالأمر هنا محقق الوقوع ، فيكون أجلا لا شرطاً .

---

(١) فاذا كان التعهد معلقاً نفاذه على حادث فى استطاعة كل من المتعاقدين أن يوجده أو يمنعه ، لم يكن هذا الحادث شرطا (محكمة الاستئناف الأهلية ٤ مايو سنة ١٩٠٥ المحاكم ١٦ ص ٣٤٩٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٠) .

والاتفاق على أن يكون ميعاد استحقاق الكمبيالة هو اليوم التالى لمغادرة سفينة الميناء هو اتفاق معلق على شرط لامضاف إلى أجل ، لأن مغادرة السفينة الميناء أمر لا يمكن البت فى وقوعه بتاً مطلقاً (محكمة الاستئناف المختلطة ٩ يناير سنة ١٩٢٨ سبريه ١٩٢٩ — ٤ — ٦) .

والاتفاق على أن يكون سريان وثيقة التأمين هو اليوم التالى لدفع القسط الأول اتفاق معلق على شرط . ويترتب على ذلك أن مبلغ التأمين يكون مستحقاً إذا وقع الحادث المؤمن عليه قبل دفع القسط الأول ، إذا ثبت أن التأخر فى دفع هذا القسط كان ناجماً عن خطأ من شركة التأمين نفسها . ذلك لأن تخلف الشرط كان بخطأ المدين ، فيعتبر الشرط متحققاً ويكون مبلغ التأمين مستحقاً (انظر ما يلى فقرة ٤٣ — وقارن بيدان ولاجارد ٨ ص ٥٢٣ هامش رقم ٢) .

ويكون الأمر محقق الوقوع أجلا حتى لو لم يكن موعد وقوعه محققاً ، كالموت . فاذا التزم المشترى بأن يدفع للبائع ثمناً هو إيراد مرتب طول حياته ، فقد جعل المشترى لالتزامه أجلا فاسخاً هو موت البائع ، والموت أمر محقق وإن كان لايعرف متى يقع . والتزام شركة التأمين على الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين إلى ورثة المؤمن عليه عند موته هو التزام مضاف إلى أجل واقف لامعلق على شرط واقف(١) .

على أن الموت قد يكون شرطاً إذا اقترن بملابسات تجعله غير محقق الوقوع فى نطاق هذه الملابسات . فاذا وهب شخص داراً لاثنين على التعاقب بشرط ألا تنتقل الدار إلى الثانى إلا إذا عاش بعد موت الأول ، فان الهبة الأولى تكون معلقة على شرط فاسخ هو أن يموت الموهوب له الأول قبل موت الموهوب له الثانى ، وتكون الهبة الثانية معلقة على شرط واقف هو أن يعيش الموهوب له الثانى بعد موت الموهوب له الأول . فالموت فى هاتين الهبتين شرط لا أجل ، إذ اقترن بملابسات جعلته فى كل منهما غير محقق الوقوع . هو محقق الوقوع فى ذاته ، ولكن أن يموت أحد الموهوب لهما قبل الآخر هذا هو الأمر غير محقق الوقوع ، فيصبح الموت فى نطاق هذه الملابسات شرطاً لا أجلا .

١١ — لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع : كذلك لايكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع . فاذا علق الملتزم وجود التزامه على أمر مستحيل استحالة مطلقة ، فان الالتزام لايوجد أصلا . ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة ، أى أن يستحيل تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان . فاذا وعد شخص آخر باعطائه جائزة إذا وصل إلى القمر كانت هذه الاستحالة مطلقة ، لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم تعجز عجزاً مطلقاً عن الوصول إلى القمر ، وإن كان العلماء يتحدثون عن إمكان ذلك فى المستقبل .

أما إذا كانت الاستحالة نسبية فانها لا تعيب الالتزام ، بل يكون فى هذه الحالة قائماً يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط . وتعتبر الاستحالة نسبية إذا غلب على الظن أن تقدم المعارف البشرية تجعل الشرط غير مستحيل الوقوع ،

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٩ .

وإن كان لم يقع حتى اليوم . فيجوز لشخص أو لهيئة أن تعد بمنح جائزة ، إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية التي يوجد لها علاج حتى اليوم .

وكما تكون الاستحالة طبيعية كما رأينا في الأمثلة المتقدمة ، قد تكون أيضاً قانونية (١) . فالالتزام المعلق على شرط أن يبيع المشترط عليه تركة مستقبلة ، أو على شرط أن يتزوج محرماً ، أو على شرط أن يطلق زوجته إذا كان الطلاق غير جائز في شريعته ، لا يكون التزاماً قائماً ، لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة . والاستحالة هنا استحالة قانونية لا استحالة طبيعية ، إذ بيع التركة المستقبلة باطل ، وباطل كذلك الزواج من المحرم ، والطلاق محرم في شريعة المشترط عليه (٢) .

١٢ — الشرط الارادى : وهناك شرط ممكن الوقوع ، ولكن وقوعه يتعلق بارادة أحد طرفى الالتزام ، الدائن أو المدين . ذلك أن الشرط — من حيث تعلقه بارادة طرفى الالتزام — قد يكون شرطاً لا علاقة له بهذه الإرادة أصلا ، فهو شرط متروك للصدفة (condition casuelle) ، مثل ذلك تعليق الالتزام على

---

(١) فمن التزم بإعطاء جائزة لسابح إذا عبر المحيط سباحة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة مادية ، ومن التزم بإعطاء سمسرة لشخص إذا باع له عيناً موقوفة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة قانونية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٠ ص ٤٧٥) . كذلك إذا اشترط شخص على آخر أن يأخذ عقاراً بالشفعة ولم يكن المشترط عليه من الشفعاء ، فإن الشرط يكون مستحيلا استحالة قانونية .

وإذا كان عبور المحيط سباحة يعد مستحيلا استحالة مطلقة ، فان عبور المانش سباحة لا يعد مستحيلا إذ عبره كثيرون ، فاذا اشترطه شخص على آخر ممن لا يجيدون السباحة كانت الاستحالة نسبية بالنسبة إلى المشترط إليه ، وكان الشرط صحيحاً . ومثل عبور المانش تسلق جبل شاهق .

(٢) وإذا كان الشرط وقت اشتراطه ممكناً ، ثم أصبح بعد ذلك مستحيلا ، فانه يكون شرطاً صحيحاً قد تخلف (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٣ — لوران ١٧ فقرة ٤٢ — هيك ٧ فقرة ٢٤٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٧) .

كذلك إذا كان الشرط مستحيلا وقت اشتراطه ولكنه يصبح ممكناً في ظروف من المألوف توقعها ، فان المفروض أن المشترط نظر إلى احتمال تحقق هذه الظروف ، فيكون الشرط في هذه الحالة صحيحاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٨) .

شرط وصول الطائرة سليمة إلى مطار الوصول . وقد يكون شرطاً متعلقاً بارادة أحد طرفى الالتزام (condition potestative) ، كالزواج فهو متعلق بارادة من يشترط عليه الزواج . وقد يكون شرطاً مختلطاً (condition mixte) يتعلق بارادة أحد طرفى الالتزام وبعامل خارجي معها كمجرد الصدفة أو إرادة الغير ، وذلك كالزواج من شخص معين فهذا شرط متعلق بارادة من اشترط عليه الزواج وبارادة من اشترط الزواج منه(١).

وكل من الشرط المتروك للصدفة والشرط المختلط شرط صحيح ، لأنه أمر لاهو محقق الوقوع ولاهو مستحيل الوقوع ، إذ أن وقوعه لايتعلق بمحض إرادة تحكمية ، وهو حتى إذا تعلق بارادة أحد طرفى الالتزام فانه فى الوقت ذاته يتعلق بأمر خارج عن هذه الإرادة يجعل وقوعه محتملا ، لامحققاً ولامستحيلا.

أما الشرط الإرادى فهو إما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً (condition simplement potestative) أو شرطاً إرادياً محضاً (condition purement potestative) . فالشرط الإرادى البسيط يتعلق بارادة أحد طرفى الالتزام ، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة ، بل هى مقيدة بظروفها وملابساتها . فالزواج شرط إرادى يتعلق بارادة الدائن أو المدين ، ولكن إرادة المشترط عليه الزواج ليست مطلقة ، إذا الزواج أمر تحوط به الظروف والملابسات الاجتماعية والاقتصادية .

ويقال مثل ذلك عن شرط النجاح فى الامتحان ، بل أن هذا الشرط يكاد يكون شرطاً مختلطاً فهو يتعلق بالإرادة وبظروف أخرى قد لا يكون للشخص سلطان عليها . ومن ثم يكون الشرط الإرادى البسيط شرطاً صحيحاً ، سواء تعلق بارادة الدائن أو بارادة المدين .

بقى الشرط الإرادى المحض ، وهذا إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن أو بمحض إرادة المدين . فان تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً ، وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن ، إن شاء تقاضى المدين الشيء الذى ألزمه به ، وإن شاء أحله من التزامه . أما أن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين ، فان كان

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٩ .

شرطاً فاسخاً ، كأن يلتزم المدين حالا ويجعل فسخ هذا الالتزام معلقاً على إرادته المحضة ، كان الشرط صحيحاً وكان الالتزام قائماً ، لأن الالتزام لم يعلق وجوده على محض إرادة المدين ، فهو إذن قد وجد ، وإنما استبقى المدين زمامه فى يده ، إن شاء أبقاه وإن شاء فسخه(١) . وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطاً واقفاً ، كأن يلتزم المدين إذا أراد ، أو يلتزم إذا رأى ذلك معقولا أو مناسباً (٢) ،

---

(١) استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠ — كفر الشيخ ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٩٠ — قارن انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Condition فقرة ١٩ .

(٢) أما إذا التزم شخص على أن يكون الالتزام فى حدود معقولة ، فان هذا الشرط لا يكون إرادياً لأن تعيين الحدود المعقولة للالتزام يترك لتقدير القاضى (ديرانتون ١١ فقرة ٢٣ — لاروميير ٢ م ١١٧٤ فقرة ٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣١٨ — والتون ٢ ص ٣٤٤) . فإذا التزم صاحب المتجر لمستخدمه أن يمنحه آخر العام مبلغاً على أن يترك تقدير هذا المبلغ لصاحب المتجر يعينه وفقاً للمألوف وفى حدود معقولة ، لم يكن التزام صاحب المتجر معلقاً على شرط إرادى ، وعند الخلاف يتولى القاضى تعيين الحدود المعقولة لتقدير هذه المنحة (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٦ — ص ٩٧) .

بل يجوز أن يعلق المدين ، فى عقد ملزم للجانبين ، وجود التزامه على محض إرادته ، ما دام الالتزام المقابل متوقفاً على وجود الالتزام الأول ، لأن المدين فى هذه الحالة إذا شاء ألا يلتزم حرم من الالتزام المقابل ، فليس له إذن كامل الحرية فى أن يلتزم أو ألا يلتزم . وعلى هذا يخرج بيع المذاق ، فالمشترى لا يلتزم بالثمن إلا إذا شاء بمحض إرادته ، ولكنه إذا شاء ألا يلتزم حرم من المبيع (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٧) . ويذهب بودرى وبارد فى العقد الملزم للجانبين مذهباً آخر ، فيقولان إنه إذا التزم أحد المتعاقدين من جانبه التزاماً معلقاً على محض إرادته كان التزامه باطلا ، أما الالتزام المقابل فيبقى صحيحاً ، فينعقد العقد فى هذه الحالة ملزماً لجانب واحد لا ملزماً للجانبين . فاذا التزم البائع أن يبيع ، والتزم المشترى أن يشترى إذا أراد ، فان التزام البائع ينعقد صحيحاً ، ويبطل التزام المشترى لتعلقه على محض إرادته ، فينعقد العقد ملزماً لجانب واحد ويكون فى حقيقته وعداً بالبيع . على أن المشترى لا يستطيع فى هذه الحالة أن يتقاضى من البائع التزامه إلا إذا قام هو من جانبه بالتزامه الذى علقه على محض إرادته ، فيعود العقد إذا أريد تنفيذه عقداً ملزماً للجانبين (بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٨٢) . ونلاحظ على هذا التحليل أن هناك فرقاً بين عقد ملزم للجانبين أحد الالتزامين فيه معلق على محض إرادة المدين كبيع المذاق ، وبين عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع . فبيع المذاق ينشىء التزاماً بدفع الثمن فى جانب المشترى ، وإذا كان هذا الالتزام معلقاً على محض إرادته إلا أنه التزام صحيح إذا شاء ألا يحرم من البيع ، فاذا أراد المشترى استبقاء الصفقة انعقدت من وقت البيع . وهذا بخلاف الوعد بالبيع ، فهو لا يرتب أى التزام فى جانب المشترى وإنما ينشىء له حقاً منجزاً ، وإذا أعلن المشترى إرادته فى اتمام الصفقة انعقدت ولكن من —

فهذا شرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية ، إذ أن الالتزام قد علق وجوده على محض إرادة المدين ، إن شاء حقق الشرط ومن هنا يكون الشرط محقق الوقوع بمشيئة المدين ، وإن شاء جعله يتخلف ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضاً (١) . ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا ،

= وقت إعلان الإرادة لا من وقت الوعد بالبيع (انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٥٤ هامش رقم ١) .

وإذا التزم شخص على أن يكون الوفاء عند ما يريد ، فإن الالتزام يكون صحيحاً لأنه ترتب فى ذمته دون أن يتعلق ذلك بمحض إرادته ، أما ميعاد الوفاء فيكون أى يوم يختاره المدين قبل موته ، فإذا مات حل الدين ووجب الوفاء (والتون ٢ ص ٣٤٤) . ومن باب أولى يكون الالتزام صحيحاً إذا اشترط المدين أن يكون الوفاء عند الميسرة . ويلاحظ أننا ، فى الفرضين المتقدمين ، بصدد أجل غير معين لا بصدد شرط (انظر المادة ٢٧٢ مدنى) . ويعين القاضى ، فى الفرض الثانى ، ميعاداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ، ويحل الأجل حتماً بموت المدين (محكمة الاسكندرية الأهلية ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١١ ص ١٠٦٣ — منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٩٠٢ – شبين الكوم ٨ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٠٥ – الموجز للمؤلف ص ٤٧٤ هامش رقم ١ – الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧). وقد يريد المتعاقدان أن تكون الميسرة شرطاً لا أجلا ، فعند ذلك لا يستحق الدين إلا إذا أيسر المدين ، فلو لم يوسر حتى مات معسراً ، فقد تخلف الشرط ولم يستحق الدين (الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧) . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى (انظر فقرة ٥٤) .

(١) انظر فى الشرط الإرادى المحض : مصر الأهلية ١٨ يونية سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ١٣١ — المنيا ٢٦ يولية سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ ص ٤٧ — أجا ٢١ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٥٣٧ — جرجا ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص ٥٨٦ — الاسكندرية مستعجل ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٨٥ — شبين الكوم ٨ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٠٥ – استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٦١ – ٢٧ نوفبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٤٣ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين ، ومن ثم يكون باطلا ، الاتفاق على ألا يأخذ الوارث حصته من التركة إلا بعد توقيع عقد القسمة ما بين جميع الورثة ، فإنه يكفى أن يمتنع أحد الورثة من توقيع عقد القسمة حتى يمتنع على الوارث أن يأخذ حقه فى التركة (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٢٦) . وقضت أيضاً بأن اشتراط الوكيل بالعمولة أنه يشترى لحساب غيره وأنه يعلن إسم هذا الغير متى شاء ، يعتبر شرطاً إرادياً محضاً ، ومن ثم يكون باطلا ، فإذا لم يعلن الوكيل بالعمولة إسم الغير كان هو الملتزم شخصياً(استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٦١ م ٢٩ ص ٢٢) . =

ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف هو محض إرادة المدين . وهذا ما تقرره المادة ٢٦٧ مدنى ، إذا تقول كما رأينا : « لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم(١) .

§ ٣ — غير مخالف النظام العام أو الآداب

١٣ — الشرط المخالف للنظام العام : وقد يكون الشرط مخالفاً للنظام العام ، فيكون فى هذه الحالة باطلا ولا يقوم الالتزام الذى علق وجوده عليه .

وأمثلة الشروط المخالفة للنظام العام كثيرة متنوعة . فإذا علق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائن إطلاقاً ، كان الشرط مخالفاً للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشترط من وراء هذا الشرط . فإذا رمى مثلا إلى منع زوجته بعد موته من الزواج غيرة منه وأثرة ، فالشرط باطل لمخالفته للنظام العام .

= ويورد بيدان ولاجارد (٨ فقرة ٧٩٤) من الأمثلة على الشرط الإرادى المحض أن يعد المقرض بالقرض إذا شاء ، أو إذا قرر أن هذا ممكن ، أو إذا وجد ذلك مفيداً له ، أو إذا رأى أن الصفقة مجزية . ويلاحظ بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٣٤٣) أن الشرط الإرادى المحض ليس فى حقيقته شرطاً ، ولكنه عنصر من عناصر الالتزام ذاته ، وهو عنصر إرادة المدين فى أن يلتزم .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢ – ص ١٣ – الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٩ والأحكام المشار إليها فى ص ٣٧٥ هامش رقم ١ .

ويمكن القول ، بعد ما قدمناه ، إن الشرط الإرادى المحض إذا تعلق بإرادة الدائن ، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً فاسخاً ، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً مترتباً على عقد ملزم للجانبين ، فإنه يكون شرطاً صحيحاً . ولا يبطل الشرط الإرادى المحض إلا إذا تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على عقد ملزم للجانبين . وتقدير ما إذا كان الشرط من هذا أو ذاك مسألة واقع لا معقب فيها على قاضى الموضوع ، أما حكم الشرط بعد تعيين نوعه فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

وهناك من ينتقد التمييز ما بين الشرط الإرادى البسيط والشرط الإرادى المحض ، معتبراً أن الكثرة الغالبة مما يسمى بالشروط الإرادية البسيطة هى فى حقيقتها شروط مختلطة (انظر إيجو (Eygout) فى الأثر الرجعى لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢) . ولكن هذا التمييز قد استقر فى الفقه وفى القضاء بحيث أصبح من المتعذر إغفاله (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٨ ص ٣٧٧ هامش رقم ١) .

أما إذا رمى إلى جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها منه فلا يشغلها زوج آخر ، فالشرط صحيح والالتزام قائم .

كذلك الشرط القاضي بألا يحترف المشترط عليه مهنة معينة يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشترط ، كأن تكون المهنة المحرمة مهنة وضعية تزرى بالكرامة ، أو أن يكون المشترط قد أراد أن يحمى نفسه حماية مشروعة من منافسة المشترط عليه .

وإذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن تكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هى لا على دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها ، فان هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام .

وإذا اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها ألا يطلقها ، فان الشرط باطل لمخالفته للنظام العام . وللزوج بالرغم من هذا الشرط أن يطلق زوجته لسبب مشروع وفى غير تعنت . ولكن يجوز للزوجة أن تشترط مبلغاً من المال تعويضاً لها عما يصيبها من الضرر إذا طلقها زوجها ، وفى هذه الحالة ينظر إن كان الطلاق لغير سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض . وإلا فالشرط باطل والتعويض غير مستحق .

وشرط عدم تعدد الزوجات الذى قد تشترطه الزوجة على زوجها المسلم ، وإلا صارت مطلقة منه أو أعطاها تعويضاً ، شرط صحيح فى نظرنا وليس مخالفاً للنظام العام . ولكن لا يجوز أن تشترط الزوجة على زوجها المسلم ألا يتزوج غيرها وإلا كان الزواج الآخر باطلا أو كانت الزوجة الأخرى هى الطالقة(١).

ويمكن التمييز بين شرط مخالف للنظام العام وشرط مستحيل استحالة قانونية ، وإن كان كل من الشرطين باطلا . فاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطاً مخالفاً للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل ، أما اشتراط الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونية وهو فى الوقت ذاته مخالف للنظام العام لأن الاستحالة القانونية كثيراً ما ترجع إلى مخالفة النظام العام .

---

(١) انظر فى أمثلة أخرى الموجز للمؤلف فقرة ٤٧ وص ٧٥ : — ٧٦ ؛ وص ٧٩ ؛ هامش رقم ١

١٤ — الشرط المخالف للآداب : وقد يكون الشرط مخالفاً للآداب ، فيكون باطلا أيضاً ، ويسقط الالتزام الذى علق عليه قيامه . فاذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع ، فان الشرط يكون مخالفاً للآداب ويكون باطلا كما قدمنا . وكذلك الحكم إذا اشترط على شخص ألا يرتكب جريمة ، أو أن يمحو آثار جريمة ارتكبت كأن يعيد مخطوفاً أو يرد مسروقاً ، أو اشترط عليه أن يقوم بعمل واجب عليه قانوناً على أن يتناول أجراً على القيام به كأن تدخل الزوجة فى طاعة زوجها أو أن يمتنع الزوج عن معاشرة غير زوجته أو أن يكف شخص عن التشهير بشخص آخر ونحو ذلك ، فكل هذه شروط تعتبر مخالفة للآداب لأنها جزاء مادى على القيام بالواجب ، والواجب يتعين القيام به دون جزاء(١) .

§ ٤ — أمر عارض

١٥ — الشرط أمر عارض : ويدخل فى مقومات الشرط ، بحكم أنه وصف يلحق الحق بعد تكوينه ، أنه أمر عارض يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق .

ويترتب على أن الشرط يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق أن كلا

---

(١) لوران ١٧ فقرة ٤٩ — هيك ٧ فقرة ٢٤٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٦٦ — هذا وإذا التزم شخص نحو آخر أن يدفع مبلغاً من المال إذا ارتكب الملتزم عملا غير مشروع أو عملا منافياً للآداب ، فان الشرط يكون فى هذه الحالة صحيحاً ، فهناك فرق بين أن يدفع شخص إلى القيام بالواجب عن طريق إعطائه مالا وبين أن يزجر شخص عن عدم القيام بالواجب عن طريق تغريمه المال ، فالشرط فى الحالة الأولى باطل لمنافاته للآداب ، وهو فى الحالة الثانية صحيح لأنه لاينافى الآداب فى شىء بل هو يقوم الأخلاق ويصلح النفوس (كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٩٢ مكررة — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٠٦ — فقرة ٣٠٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٨٣ — فقرة ٧٨٤ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (Condition) فقرة ١٩ — انظر عكس ذلك : لارومبير ٢ م ١١٧٢ و ١١٧٣ فقرة ٩ — لوران ١٧ فقرة ٤٩ — هيك ٧ فقرة ٢٤٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٦٤) . بل نحن نرى أنه إذا قصد باعطاء المال التشجيع على أداء الواجب ، فإن الشرط قد يكون صحيحاً ، كما إذا وعد شخص حارساً منده بزيادة أجره إذا هو أحسن الحراسة .

من الحق المضمون برهن والحق غير معين القيمة والحق التبعي لا يعتبر حقاً معلقاً على شرط ، لأن الوصف هنا لا يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

أما أن الشرط أمر عارض فمعناه أنه وصف يدخل على الحق بعد تمام هذا الحق وتكامل عناصره ، فيكون الشرط أمراً عارضاً لا يساهم في تكوين الحق ذاته ، بل يضاف إليه بعد تكوينه ، ويمكن تصور قيام الحق بدونه . فالشرط إذن ، باعتباره أمراً عارضاً . قد يوجد وقد لا يوجد . وهو إذا وجد فالحق يصبح موصوفاً . وإذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك ، لأنه استكمل عناصره ، ويكون حقاً غير موصوف أي حقاً بسيطاً منجزاً (١) .

٦ — التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي ومن هنا يجيء التمييز بين الحق المشروط (droit conditionnel) والحق الاحتمالي (droit eventuel) فالوصف في الحق المشروط أمر عارض يلحق الحق بعد تكامل عناصره كما قدمنا (٢) . أما الوصف في الحق الاحتمالي فأمر غير عارض ، ذلك أن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية ، والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهري .

ومن الأمثلة على الحق الاحتمالي ما يأتي (١) حق الشفيع قبل أن يعلن

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ — الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ١٧٨ وص ١٨٨ . ومع ذلك فإن هناك رأياً يذهب إلى أن كل ما يجعل وجود الالتزام أمراً مستقبلاً غير محقق فهو شرط ، ولو كان عنصراً جوهرياً في الالتزام ذاته . وإنما يراد بأن الشرط أمر عارض أن الالتزام لا يكون حتماً معلقاً على شرط ، بل أن الأصل في الالتزام هو أن يكون غير مشروط (أنظر في هذا المعنى لوتر Letourre رسالة من كان سنة ١٩٠٤ ص ٢٠ وما بعدها ، ومقالا له في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ٢٣٢ — أيجو Eygout في الأثر الرجعي لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ١٦) ونرى أن هناك رأياً يذهب ، على النقيض من ذلك ، إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحق الاحتمالي

(٢) انسيكلوبيدي داللوز جان دي جارو دي لاميشيني Jean de Garreau de la Méchenie لفظ condition فقرة ٢ — ديمولومب ٢٥ ص ٣٩ وما بعدها — بودري وبارد ٢ فقرة ٨٢٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٨٠ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٢٤ ص ٣٧٠

إرادته فى الأخذ بالشفعة ، إذ الشفيع قبل إعلان هذه الإرادة ليس له حق كامل ، بل مجرد حق احتمالى . ولا يصبح هذا الحق الاحتمالى حقاً كاملا إلا إذا أعلن الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة ، فالحق الاحتمالى هنا قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية هو إعلان هذه الإرادة . ولا يعتبر هذا الإعلان شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق كما قدمنا . (٢) حق الموصى له قبل أن يموت الموصى ، وهنا أيضاً لا يكون للموصى له إلا حق احتمالى قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو موت الموصى . ولا يعتبر هذا الموت شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق . (٣) الحق المترتب على حساب جار قبل أن يدفع صاحب الحساب أو يقبض شيئاً . فالحق هنا حق احتمالى ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو الدفع أو القبض ، ليتكون رصيد دائن أو مدين بحساب الجارى ، ويصبح الحق كاملا لا مجرد حق احتمالى . ولا يعتبر الدفع أو القبض شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق .

ونرى من ذلك أن هناك فرقين أساسيين بين الحق المشروط والحق الاحتمالى .

(أولا) يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط ، إذ الشرط أمر عارض كما قدمنا . أما الحق الاحتمالى فحق ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملا كما سبق القول ، ومن ثم لا يمكن تصور هذا الحق الكامل دون هذا العنصر الجوهرى .

(ثانياً) إذا تحقق الشرط فى الحق المشروط ، كان لتحققه أثر رجعى على الوجه الذى سنفصله فيما يلى . أما إذا استكمل الحق الاحتمالى العنصر الجوهرى الذى ينقصه فأصبح حقاً كاملا ، فانه يصبح حقاً كاملا دون أثر رجعى . ومن ثم يوجد الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهرى ، لا من وقت وجود الحق الاحتمالى(١) .

---

(١) [illegible] ٨ ص ٤ ٣ [illegible] هامش رقم [illegible]

[illegible] ذهب جان موريس فرديه (Jean-Maurice Verdier) فى رسالته [illegible] فى الحقوق الاحتمالية (Les droits éventuels) (باريس سنة ١٩٥٥) إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحقوق الاحتمالية ، وألا فرق فى الطبيعة بين الحق المشروط والحق الاحتمالى . =

المبحث الثانى

نوعا الشرط

الشرط الواقف والشرط الفاسخ

§ ١ — الشرط الواقف

(Condition suspensive)

١٧ — ماهو الشرط الواقف : رأينا أن المادة ١/٢٦٥ مدنى تنص على أن « يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر

= فكلاهما يتميز بأنه تعاقب حقين يتواليان فى الزمان . فالحق المشروط هو ، قبل تحقق الشرط ، حق حال فى أن يكون الدائن الحق المعلق على شرط . ثم إذا تحقق الشرط ينقضى هذا الحق الحال ، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذى كان معلقاً على شرط ، وقد أصبح حقاً حالا منجزاً بعد تحقق الشرط . وكذلك الحق الاحتمالى هو أيضاً تعاقب حقين يتواليان فى الزمان ، فيبدأ حقاً حالا فى أن يكون الدائن الحق الاحتمالى ، ثم إذا تحقق الحادث الاحتمالى الذى يتوقف عليه وجود الحق ينقضى هذا الحق الحال ، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذى كان احتمالياً ، وقد أصبح الآن حقاً حالا منجزاً . ومن ثم يكون فى البداية ، فى كل من الحق المشروط والحق الاحتمالى ، حق حال وحق مستقبل : فالحق الحال هو وحده الموجود فعلا ، أما الحق المستقبل فلا وجود له فى مبدأ الأمر ، ولا يوجد إلا بتحقق الشرط أو تحقق الحادث الاحتمالى ، وبمجرد وجوده ينقضى الحق الأول .

وننقل نص ما يقول فردييه فى هذا المعنى (أنظر ص ٢٤٦) : Mais ce qui, dans les deux cas, est essentiel et en fait la véritable identité sur le plan statique, c'est l'existence de ce droit actuel distinct du droit futur qu'il prépare ; l'expression "droit éventuel" ou "droit conditionnel" concerne non ce droit présent mais la situation juridique future qui prendra naissance à la survenance de l'événement.

وليس الأثر الرجعى هو الذى يميز الحق المشروط عن الحق الاحتمالى ، فكثير من الحقوق الاحتمالية له أثر رجعى : كالوارث يستند حقه عقد قبل الميراث إلى موت المورث ، ورهن الأموال المستقبلة يأخذ مرتبته من وقت الرهن لا من وقت تملك الأموال المرهونة ، ومثله الرهن لضمان دين مستقبل . وكثير من الحقوق المشروطة ليس له أثر رجعى ، كالحق فى قبض الثمار وفى أعمال الإدارة وغير ذلك مما سيأتى بيانه تفصيلا (أنظر ص ٢٤٧ من الرسالة المشار إليها) . =

مستقبل غير محقق الوقوع» . فاذا كان وجود الالتزام متوقفاً على الشرط ، بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد ، فان الشرط يكون فى هذه الحالة شرطاً واقفاً (condition suspensive) . فالشرط الواقف هو إذن الشرط الذى يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فان تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود . مثل ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج ، فالزواج هنا شرط واقف ، إذا تحقق وتزوج الإبن فقد وجد التزام الأب بالهبة ، وإذا تخلف الشرط ولم يتزوج الإبن فان التزام الأب باعطاء هبة لابنه لا يوجد .

١٨ — الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام أو الآداب

العام أو الآداب : وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدنى كما رأينا ، على أنه «لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو للنظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً ... » . وقد استعرضنا أمثلة للشرط المستحيل وللشرط المخالف للنظام العام أو الآداب ، فاذا كان الشرط فى هذه الأحوال واقفاً غير فاسخ فالشرط باطل كما قدمنا . والالتزام الذى علق وجوده على الشرط يعتبر هو أيضاً غير قائم ، لأن وجوده معلق على شرط مستحيل أو غير مشروع ، فلن يتحقق هذا الشرط أو لا ينبغى أن يتحقق ، ومن ثم لا يوجد الالتزام .

— بنى ما يقال من أن الشرط أمر عارض وهو وصف فى الحق المشروط لا يلحقه إلا بعد تكامل عناصره ، بينما الحق الاحتمالى ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملا . فهذا الفرق ينكره أيضاً فردييه ، فمن الصعب فى بعض الأحوال ، على ما يقول ، التمييز بين العناصر الجوهرية والأمور العارضة ، فالحق الذى لا ينفذ إلا بالتصديق عليه (homologation) يصعب القول هل التصديق عنصر جوهرى فيه فلا يكون له أثر رجعى ، أو هو أمر عارض فيكون له هذا الأثر . وإذا قارنا بين حق الموعود له بالبيع والمشترى بشرط التجربة لم نجد فرقاً محسوساً بين الحق الأول وهو حق احتمالى والحق الثانى وهو حق مشروط ، فكلاهما يتوقف على رغبة المشترى فى الشراء (انظر ص ٢٥٣ و ص ٢٧٠ — ص ٢٧٣ من الرسالة المشار إليها) .

على أن فردييه يسلم بأن هناك فرقاً واحداً بين الشرط والحادث الاحتمالى ، فالشرط يقف نشوء الحق دون أن يقف نشوء العقد الذى هو مصدر هذا الحق ، أما الحادث الاحتمالى فيقف نشوء الحق ونشوء العقد معاً (أنظر ص ٢٨٣ — وانظر ما ترتبه على هذا الفرق من النتائج ص ٢٨٥ — ص ٢٨٨)

١٩ — الشرط الواقف الارادي المحض — احالة : وقد رأينا أن الشرط إذا تعلق بمحض إرادة المدين ، وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على عقد ملزم للجانبين ، فان الالتزام لايوجد للأسباب التي قدمناها (١) .

§ ٢ — الشرط الفاسخ

(Condition résolutoire)

٢٠ — ما هو الشرط الفاسخ : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٦٥ مدني تقضي بأن يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع . ورأينا أن وجود الالتزام إذا كان مترتباً على الشرط ، فهذا الشرط واقف . أما إذا كان زوال الالتزام هو المتوقف على الشرط ، فهذا الشرط فاسخ . مثل الشرط الفاسخ نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده ، فالشرط هنا شرط فاسخ ، وإذا تخلف بأن يتأخر المدين في دفع الأقساط الباقية ، اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن (٢) . والالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال وينفذ ، ولكن زواله هو الذي يعلق على الشرط ، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن ، أما إذا تخلف الشرط فقد أصبح الالتزام باتاً (٣) . ونرى من ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٩ . ومثل أيضاً الشرط المدون في عقد البيع بأن البيع لا يكون باتا إلا بعد دفع قسطين من الثمن ويجوز بعد ذلك للمشترى التصرف في المبيع ، فهذا الشرط شرط فاسخ يتمكن به البائع من فسخ البيع حتى بالنسبة إلى من تصرف له المشترى قبل دفع القسطين ، ولا يعتبر شرطا واقفاً (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٩٤) .

(٣) وهناك ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني ، وهو مفروض في العقد الملزم للجانبين ، فاذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في فسخ العقد (الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٢ وما بعدها) . وطبيعة الشرط الفاسخ الصريح الذي نحن بصدده تختلف كل الاختلاف عن طبيعة ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني ، إذا الشرط الفاسخ الضمني ليس في حقيقته شرطاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بنى الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني ، ثم جاء الحكم =

في حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف، فان الشرط في الواقع من الأمر

= الاستئناف مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائي ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر .

(نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ ص ٣٥) . وقضت أيضاً بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكماً . فالشرط الفاسخ الضمنى (le pacte commissoire tacite) لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) موجب للفسخ حتماً : فلا يملك معه القاضى إمهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى إلى الوفاء ، بل قد يكون الفسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار . وعلى ذلك فإذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشترى إذ قصر فى الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً فى طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المفترض في جميع العقود التبادلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت أن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وإذ قد ثبت لها تخلف المشترى فهى تقرر حق البائع فى الفسخ نزولا على حكم الشرط الفاسخ الصريح عملا بنص المادة ٣٣٤ مدنى (قديم) ، ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها أنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمنى طبيعة وحكماً ، وهذا تعارض فى أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥) وقضت أيضاً بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) . وعلى ذلك فاذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على أنه عند اخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه باعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح أي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فانه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) . انظر أيضاً : نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ .

وقضت أخيراً محكمة النقض بأنه فى حالة الشرط الفسخ الصريح قد ينزل صاحب المصلحة عن التمسك بوقوع الفسخ من تلقاء نفسه وذلك بانذاره للمدين ، فلا يقع الفسخ من تلقاء نفسه بل يلزم لوقوعه أن يصدر به حكم وللمدين أن يتقيه بتنفيذ التزامه (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٥ ص ٩٢٢) .

واقف فى جميع الأحوال : يقف وجود الالتزام أو يقف زواله ، فنى الحالة الأولى يسمى شرطاً واقفاً ، وفى الحالة الثانية يسمى شرطاً فاسخاً (١) .

وقد تدق فى بعض الأحوال معرفة ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً ، كما فى البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة ، فهل الشرط هنا واقف ولا يتم البيع إلا إذا وافق الغير على البضاعة ، أو هو شرط فاسخ وينفذ البيع فى الحال على أن يفسخ إذا لم يوافق الغير على البضاعة ؟ يرجع الأمر فى ذلك إلى تبين إرادة الطرفين ، ويستخلص قاضى الموضوع هذه الإرادة من الظروف والملابسات ، فان تبين أن نية الطرفين قد انصرفت إلى أن يكون الشرط واقفاً أو إلى أن يكون فاسخاً التزم هذه النية وحكم على مقتضاها (٢) .

ويلاحظ أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف ، سواء كان ذلك فى الالتزام أو فى الحق العينى . فمن التزم بهبة على أن تفسخ إذا رزق ولداً ، كان مديناً بالهبة تحت شرط فاسخ ، فينفذ التزامه فوراً ويعطى الموهوب له الهبة ، وكذلك الموهوب له يصبح مديناً تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الواهب . فاذا رزق الواهب ولداً فتحقق الشرط ، فان تحققه كشرط فاسخ يزيل التزام الواهب بالهبة فيستردها من الموهوب له ، وتحققه كشرط واقف يوجد التزام الموهوب له برد الهبة إلى الواهب فيردها إليه . وكذلك الحكم فى الحق العينى كحق الملكية إذا علق على شرط فاسخ ، فان الشىء الواحد يصبح له مالكان ، أحدهما مالك تحت شرط فاسخ والآخر مالك تحت شرط واقف ، والشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأول هو نفس الشرط الواقف بالنسبة إلى الثانى ، فاذا ما تحقق هذا الشرط فقد انفسخت ملكية الأول وقامت ملكية

---

(١) ويقول اهرنج (Ihering) أن الشروط الواقف وحده هو الذى عرفه القانون الرومانى أولا ، ثم أتى الشرط الفاسخ بعد الشرط الواقف وعلى غراره ، فهو شرط واقف يعلق على تحققه زوال الالتزام (اهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٤) .

(٢) ديرانتون ١٥ فقرة ٤٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط القاضى بأن من يرسو عليه المزاد فى أطيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لا يستحق الريع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال يعد مشترياً بشرط واقف لا بشرط فاسخ ، لأن أجازة الاستبدال من المحكمة إنما هى شرط واقف لا فاسخ (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) .

الثانى ، أما إذا تخلف الشرط فقد سقطت ملكية الثانى وأصبحت ملكية الأول ملكية باتة(١) .

٢١ – الشرط الفاسخ المستحيل والشرط المخالف للنظام العام

أو الآداب : رأينا أن المادة ٢٦٦ مدنى تنص على أنه : « ١ – لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً . أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم . ٢ – ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام .

ويتبين من هذا النص أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلا أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، كان باطلا كما قدمنا . ولما كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً نافذاً فوراً وزواله هو المعلق على الشرط الفاسخ ، ولما كان هذا الشرط الفاسخ معتبراً كأنه لم يكن لبطلانه ، فهو إذن لن يتحقق . ويترتب على ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب يكون التزاماً باتاً غير معلق على شرط ما (٢) ، وليس التزاماً مهدداً بالزوال كما هو شأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ صحيح .

على أن الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب قد يكون هو السبب الدافع إلى الالتزام(٣) ، فاذا التزم شخص بترتيب إيراد مدى الحياة لامرأة

---

(١) لارومبيير ٣ م ١١٨٣ فقرة ١٦ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨١ – هيك ٧ فقرة ٢٤٤ ص ٣٢٦ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٧٥ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٥ ص ٥٢٧ وفقرة ٧٥٤ – قارن ديرانتون ١١ فقرة ٩١ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٩ وهامش رقم ٤ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٥ ص ٣٧٣ .

(٢) استئناف أهلى ٩ يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص ٣٠٥

(٣) يتبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدنى أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلا فإنه يعتبر غير قائم ، ويبقى الالتزام باتاً غير معلق على شرط . ولم تستثن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ إلا الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام ، فيسقط الشرط والالتزام معاً . يبقى إذن الشرط المستحيل إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام ، فالظاهر أن الاستثناء الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ لا يشمله ، ومن ثم يبقى خاضعاً =

على أن تعاشره معاشرة غير شرعية ، وعلى أن ينفسخ التزامه إذا هى انقطعت عن معاشرته، كان الشرط الفاسخ هنا باطلا لمخالفته للآداب ، واعتبر غير قائم. وكانت القاعدة العامة تقتضى أن يبقى الالتزام بترتيب الإيراد قائماً ، بعد سقوط الشرط . ولكن لما كان هذا الشرط فى الفرض الذى نحن بصدده هو السبب الذى دفع المدين إلى أن يلتزم بترتيب الإيراد، فان سقوط الشرط يسقط الالتزام معه، كما تقضى بذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦مدنى على ما رأينا . فيسقط ، فى وقت معاً ، شرط المعاشرة غير المشروعة والالتزام بترتيب الإيراد (١)

= الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ . وينبنى على ذلك أن الشرط المستحيل يسقط ويبقى الالتزام باتاً غير معلق على شرط ، حتى لو كان الشرط المستحيل هو الدافع إلى التعاقد .

وقد اشتمل التقنين المدنى الفرنسى على نصين فى هذا الموضوع ، فقضت المادة ١١٧٢ من هذا التقنين ببطلان العقد المقترن بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب ، وقضت المادة ٩٠٠ من نفس التقنين بصحة التبرعات المقترنة بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب مع سقوط الشرط وحده . فخفف القضاء الفرنسى من شدة النص الأول إذ قضى بأن الشرط إذا لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذى يسقط ويبقى العقد ، وشدد من تراخى النص الثانى إذ قضى بسقوط التبرع ذاته إذا كان الشرط هو السبب الدافع إليه . فخلص من مجموع ما ذهب إليه القضاء الفرنسى المبدأ الآتى : متى كان الشرط المستحيل أو المخالف للنظام العام أو الآداب هو الدافع إلى التعاقد – فى كل من المعاوضات والتبرعات – فإن الشرط والعقد يسقطان معاً، إما إذا كان الشرط ليس هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذى يسقط ويبقى العقد .

وهذا المبدأ المستخلص من القضاء الفرنسى هو الذى تقننه المادة ١١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى فيما يتعلق بالشرط الفاسخ مع قصر الاستثناء الخاص بالسبب الدافع على الشرط المخالف للنظام العام أو الآداب دون الشرط المستحيل (أنظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥١ وص٤٤٣ – ص٤٤٤ وص ٤٤٣ هامش رقم ٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٦ – جوسران ٢ فقرة٧٣٩) . وقد نقل التقنين المصرى الجديد هذا المبدأ عن المادة ١١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٩).

(١) وفى فرنسا تثار المسألة بنوع خاص فى شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية (أنظر مقال فواران (Voirin) فى المجلة الاقتصادية سنة ١٩٢٦ ص ٣٣٧ — كابيتان فى دالوز الأسبوعى سنة ١٩٢٧) .

ويلاحظ الأستاذ اسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) أن الشرط الفاسخ لا يمكن إلا أن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ما دام قد علق على تحققه فسخ العقد ذاته ، فلا تتحقق إذن الصورة التى يكون فيها الشرط الفاسخ ليس هو السبب الدافع إلى التعاقد . على أنه كثيراً ما يختلط فى العمل الشرط الفاسخ بشروط العقد العادية ، كما إذا باع شخص سلعة بشرط أن يتقاضى الثمن ذهباً ، فمن الممكن أن يكون الشرط هنا شرطاً فاسخاً وأن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ، فيجرى فى هذه الحالة حكم النص .

٢٢ — الشرط الفاسخ الإرادى المحض — إحالة : وقد قدمنا أن الشرط الإرادى المحض من جانب المدين يجعل الالتزام غير موجود إذا كان شرطاً واقفاً . ورأينا كذلك أن هذا الشرط الإرادى المحض من جانب المدين إذا كان شرطاً فاسخاً فانه لا يسقط الالتزام، بل يبقى الالتزام قائماً معلقاً على هذا الشرط الإرادى ، ومن ثم ينفذ فوراً ، ويكون للمدين الخيار بعد ذلك فى الإبقاء عليه إن شاء أو فى إسقاطه فيزول .

المبحث الثالث

مصدر الشرط

رأى الحقوق يلحقها وصف الشرط

§ ١ — مصدر الشرط

٢٣ — مصدر الشرط هو الإرادة أو التشريع القانونى : بعد أن عرفنا ما هو الشرط وما هى مقوماته وأنواعه ، بقى أن نبحث ما هى المصادر التى ينشأ عنها .

وقد رأينا فى الأمثلة المتقدمة أن الشرط مصدره الإرادة . فالملتزم هو الذى يتفق مع الملتزم له أن يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ . بل إن الشرط يكون مصدره إرادة الملتزم وحدها إذا كان الالتزام نفسه هو وليد هذه الإرادة ، فالملتزم بارادته المنفردة كما يملك أن يلتزم التزاماً منجزاً خالياً من أى شرط ، يملك كذلك أن يعلق التزامه على شرط ، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً .

وقد تكون الإرادة مصدر الشرط إرادة صريحة أو إرادة ضمنية (١) .

---

(١) ومن الأمثلة على الإرادة الضمنية ما يأتى: (أ) الاكتتاب فى أسهم شركة تحت التأسيس مفروض فيه أن كل مكتتب إنما اكتتب فى أسهمه بشرط أن تتم تغطية الأسهم، إذ الشركة لا يتم تأسيسها إلا بهذه التغطية (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٢٣ ص ٥٣٤) . (ب) إذا أصدرت =

والشرط المتولد من إرادة ضمنية هنا هو غير الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى العقود الملزمة للجانبين ، كما سبق القول(١) .

ولما كان الشرط مصدره فى العادة هو الإرادة ، فقد دفع ذلك كثيراً من الفقهاء إلى القول بأن الشرط إنما هو وصف فى الإرادة لا فى الالتزام، فيجب إلحاقه بنظرية التصرف القانونى لا بنظرية الالتزام فى ذاته، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٢٤ — هل يكون الشرط مصدره القانون : على أن هناك أوضاعاً قانونية يذهب بعض الفقهاء إلى أنها معلقة على شرط مصدره القانون . ويسوقون من الأمثلة على ذلك الوصية ، فهى كما يقولون تصرف قانونى معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصى . ويقولون كذلك أن حق الورثة فى الميراث معلق على شرط واقف هو أن يموت المورث قبلهم . كذلك حق الشفيع فى المشفوع فيه يقولون إنه أيضاً معلق على شرط واقف هو إعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة .

على أن الشرط الذى يفرضه القانون فى الأمثلة المتقدمة وأمثالها ليس شرطاً بمعناه الصحيح . فقد قدمنا أن الشرط أمر عارض، لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره، فيضاف إليه، ويمكن تصور الحق بدونه . أما فى الأمثلة التى قدمناها ، فالشرط عنصر من عناصر الحق ذاته ، ولا يتصور قيام الحق بدونه . وإنما هو

= بلدية سندات وطرحتها فى السوق للاكتتاب، وصرحت بأن الغرض من هذا القرض هو انجاز مشروع معين، فان الاكتتاب يعتبر فى هذه الحالة عملية جمعية (acte collectif) ، وكل اكتتاب يكون مشروطا بتغطية جميع السندات (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٣ — بيك فى الشركات ٣ فقرة ١٦٢٦) . (ج) عندما يرسل تاجر أوراقا مالية (شيكات أو كمبيالات) لمصرفه لأضافتها إلى حسابه الجارى ، فان الأضافة تكون مشروطة بقبض قيمة الأوراق المالية (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٣ ص ٥٣٥) . (د) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً ضمنياً موافقة جميع الدائنين على صلح ودى مع المدين ، إذ أن الصلح الودى لايتم إلا بموافقة جميع الدائنين (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٢ .

وضع معين يقرره القانون . ويرتب عليه نتائج معينة، وليس له أثر رجعى(١) .

فالشرط إذن ليس له مصدر إلا الإرادة (٢) . ولكنه وصف يلحق الحق نفسه لا الإرادة التي هي مصدره ، ومن ثم يكون جزءاً من نظرية الالتزام في ذاته لا من نظرية التصرف القانونى(٣) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ — ويميز إهرنج بين الوصية والحق المعلق على شرط (انظر روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٨ — ١٧٠) .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧٨ و ص ١٧٩ هامش رقم ١ الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٦ ص ٢٤٩ . وجاء فى الموجز للمؤلف : « هذا ويلاحظ أن تعليق الالتزام على الشرط يجب أن يكون وليد إرادة الطرفين ، أما إذا كان القانون هو الذى علق الحكم على استيفاء شرط ، كما إذا جعل الوصية متوقفة على وفاة الموصى وكما إذا اشترط الحاجة لاستحقاق النفقة ، فلا يكون الالتزام فى مثل هذه الحالة شرطيا » .

على أن هناك حالات تقوم فيها شبهة قوية فى أن مصدر الشرط هو القانون . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى من أنه « إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك » . فهل يمكن القول أن الملكية هنا معلقة على شرط فاسخ — مصدره القانون — هو عدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك ؟ (انظر فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨١) . ومن ذلك أيضا ما قضت به المادة ٥٠١ (حرف ج) من جواز فسخ الهبة إذا رزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الفسخ (انظر أيضا فى هذا المعنى المادة ٩٦٠ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى) .

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٣٤٩) وبيدان ولاجارد (٨ فقرة ٧٣٣). إلى أن الشرط فى مثل هذه الحالات مصدره القانون نفسه . ولكن قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٤ ص ٣٧١ — ص ٣٧٢ . وفى رأينا أن « الشرط » فى هذه الحالات ليس إلا وضعاً خاصاً قرره القانون ، ورتب عليه نتائجه. وسواء تحقق هذا الوصف أو تخلف ، فليس له — كما لشرط بالمعنى الصحيح — أثر رجعى .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويراعى أن التعليق يرد على الالتزام ذاته دون العقد أو التصرف القانونى بوجه عام . . . وهذا كان نهج مذهب اللاتينى أدنى إلى التوفيق فى هذا الصدد من منحى المذهب الجرمانى . ذلك أن الأول يفرد لأحكام الشرط مكاناً فى نطاق النظرية العامة للالتزام ، فى حين أن الثانى يلحق هذه الأحكام بنظرية التصرف القانونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧) .

§ ٢ – الحقوق التي يلحقها وصف الشرط

٢٥ – يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء : والشرط وصف يلحق محل الحقوق ، سواء كانت هذه الحقوق شخصية أو عينية . فيلحق الشرط الالتزام أى الحق الشخصى . ويلحق كذلك الحق العينى ، فيكون هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، ويكون للشرط فى هذه الحالة كل خصائص الشرط الذى يلحق الحق الشخصى .

٢٦ – الحقوق التى لا يلحقها وصف الشرط على أن الحقوق التى يلحقها وصف الشرط هى الحقوق المالية . أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فهى غالباً لاتقبل التعليق على الشرط . فالزواج وما ينشأ عنه من حقوق الزوجية وواجباتها لا تقبل التعليق على الشرط . والحجر والإذن بالتجارة للصبى المميز والنسب ، كل هذه تنشىء حقوقاً وحالات قانونية لا يرد عليها الشرط وصفاً (١) .

الفرع الثانى

ما يترتب على الشرط من الآثار

٢٧ – التمييز بين مرحلتين : حتى نتبين بوضوح ما يترتب على الشرط من الآثار يجب أن نميز بين مرحلتين : (١) مرحلة التعليق ، وهى المرحلة التى يكون فيها الشرط قائماً لايعلم هل يتحقق أو يتخلف ، ولذلك يكون الالتزام فيها معلقاً ، ومن ثم سمينا هذه المرحلة بمرحلة التعليق . (٢) مرحلة ما بعد التعليق ، وهى المرحلة التى يتبين فيها مآل الشرط هل تحقق أو تخلف ، ولتحققه آثار تختلف عن آثار تخلفه فى كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩١ هامش رقم ١٠ — انظر أيضاً إهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص ١٢٥ .

المبحث الأول

أثر الشرط فى مرحلة التعليق

§ ١ — الشرط الواقف

٣٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط . أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيـارى ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه » (١) .

وحكم هـذا النص فيما يتعلق بمرحلة التعليق كان معمولا به فى عهـد التقنين المدنى السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص فى ذلك .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المـادة ٢٦٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المـادة ٢٥٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٨٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٩٣ إلى ٩٥ (٢).

---

(١) تاريخ النص : ورد هـذا النص فى المادة ٣٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لمـا استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً طفيفاً جعل المطابقة تامة ، وأصبح المادة ٢٨٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤ — ص ١٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السـورى م ٢٦٨ (مطابقة للمادة ٢٦٨ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٥٥ (مطابقة للمادة ٢٦٨ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٨٨ : العقد المعلق على شرط واقف لاينفذ إلا إذا تحقق الشرط .

(ويلاحظ أن التقنين المدنى العراقى لم يبين فى نصوصه كيف أن الحق المعلق على شرط واقف =

٢٩ — مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ : ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الالتزام المعلق على شرط واقف ، وهو فى مرحلة التعليق ، لايكون نافذاً ، بل هو لا يكون موجوداً وجوداً كاملا (١) . ويمكن القول إن الحق ، من حيث الوجود والنفاذ ، يتدرج بين مراتب سبع : (١) مرتبة الحق المعدوم ، وهو ما لاوجود له ولا يحتمل وجوده . (٢) مرتبة الحق الاحتمالى ، وهو ما لاوجود له ويحتمل وجوده ، فهو معدوم على خطر الوجود . (٣) مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، وهو حق موجود فعلا ولكنه غير كامل الوجود . (٤) مرتبة الحق المؤجل : وهو حق موجود وجوداً

= لايقبل التنفيذ إطلاقاً وإن كان يجوز اتخاذ الإجراءات التحفظية بموجبه، كما يبين ذلك التقنين المدنى المصرى . ولكن لما كانت هذه الأحكام يمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة ، إذ الحق غير النافذ حق موجود ، فإنه يمكن القول بتطبيق هذه الأحكام فى القانون المدنى العراقى : (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٣٤ ، ومع ذلك قارن فقرة ١٣٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٣ : إن الموجب المعقود على شرط التعليق لايقبل التنفيذ الإجبارى ولا التنفيذ الاختيارى ولا يمر عليه الزمان ما دام الشرط معلقاً . على أن الدائن يمكنه أن يقوم بأعمال احتياطية،أخصها قيد الرهن المؤمن دينه عند الاقتضاء،وطلب تطبيق الخط ووضع الأختام وإنشاء المحاضر والجداول .

م ٩٤ : إن الموجب الذى عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام .

م ٩٥ : إن الموجب عليه تحت شرط التعليق لايمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة فى حالة تحقق الشرط . وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التى أجراها الموجب عليه فى خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن ، ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية .

(ويلاحظ أن التقنين اللبنانى أكثر إيراداً للتفصيلات من التقنين المصرى ، ولكن جميع التفصيلات الواردة فى التقنين اللبنانى يمكن الأخذ بها فى القانون المصرى تطبيقاً للقواعد العامة ، ودون حاجة إلى نصوص خاصة فى ذلك) .

(١) انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٨ . وقد كان القانون الرومانى يعتبر فى بعض نصوصه (Institutes) الحق تحت شرط واقف مجرد أمل وليس حقاً ،وإن اعتبره حقاً لا مجرد أمل فى نصوص أخرى (*Digeste*) : انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٧ . أما تقاليد القانون الفرنسى القديم فكانت فى المعنى الأول ، وكان بوتييه يذهب إلى أن الحق المعلق على شرط واقف ليس بحق وإنما هو مجرد أمل (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢١٨ وفقرة٢٢٢).

كاملا ولكنه غير نافذ . (٥) مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ ، وهو حق موجود وجوداً كاملا وهو فى الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه موجود على خطر الزوال . (٦) مرتبة الحق المقترن بأجل فاسخ ، وهو حق موجود وجوداً كاملا وهو نافذ إلى أجل ثم ينقضى بانقضاء هذا الأجل . (٧) مرتبة الحق المنجز ، وهو حق موجود وجوداً كاملا وهو نافذ إلى غير أجل .

ويخلص من ذلك أن الحق المعلق على شرط واقف هو : (١) حق موجود (١) (٢) ولكن وجوده غير كامل .

---

(١) ويقول إهرنج إن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود وجود الجنين فى بطن أمه . فالحق كالإنسان يتدرج نطفة ، ثم علقة ، إلى أن يكمل خلقاً سوياً . والحق المعلق على شرط واقف يبدأ جنيناً وقت تعلق الشرط ، إلى أن يولد حياً عند تحققه ، أو ميتاً عند تخلفه (روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٦ — ص ١٦٧) . ثم يقول (ص ١٧٤) إن الحق ينشأ فوراً من مصدره ، ولا يمكن أن يتخلل أى فراغ بين وجود المصدر ونشوء الحق ، فمتى وجد الاتفاق المعلق على شرط واقف فقد وجد الحق المعلق على هذا الشرط ، لا ينفصل بينهما أية فترة من الزمن مهما قصرت ، كما لا ينفصل بين الميلاد ودبيب الحياة فى المولود أية فترة من الزمن .

ويذهب شوس (Chausse) فى مقاله فى المجلة الانتقادية (سنة ١٩٠٠ ص ٥٤٠ — ص ٥٤١) إلى أن الرومان كانوا يميزون بين العناصر الذاتية (éléments subjectifs) للحق وعناصره الموضوعية (éléments objectifs) . فالعناصر الذاتية للحق المعلق على شرط واقف يجب توافرها وقت الاتفاق على هذا الحق ، فيوجد فى هذا الوقت طرفا الحق ، وتتوافر فيهما الأهلية اللازمة ، ويجوز أن ينتقل الحق إلى غير صاحبه ولو قبل تحقق الشرط . أما العناصر الموضوعية فيجب توافرها عند تحقق الشرط ، ففى هذا الوقت يتحدد محل الحق ، ويصح أن يكون هذا المحل غير موجود وقت الاتفاق ما دام أنه سيوجد وقت تحقق الشرط .

ولكن بلانيول وريبير وبولانجيه يذهبون إلى أن الحق تحت شرط واقف ليس إلا مجرد أمل ، وأن كانوا يقولون إن الدائن تحت شرط واقف يملك « شيئاً » يجب الاعتداد به ، هو الأمل فى أن يكون يوماً ما دائناً ، وهو أمل يحميه القانون وينظمه (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٨ وانظر أيضاً الجزء الأول فقرة ٣٢٥) . وما دام القانون يحمى هذا « الأمل » وينظمه ، فهو إذن حق موجود وإن كان غير كامل الوجود . وهذا هو الذى يميز بين الحق تحت شرط واقف وهو حق موجود كما قدمنا ، والحق الاحتمالى وهو لا يزيد على مجرد أمل .

أنظر فى المعنى الذى نقول به كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٣ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٠ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٥٨ . وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٢ .

٣٠ – الحق المعلق على شرط واقف حق موجود : وآية وجوده تظهر فيما يأتي :

(١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق. فالحق المعلق على شرط واقف يورث ، ويجوز لصاحبه أن يوصى به ، وأن يتصرف فيه بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ، بل يجوز لصاحب هذا الحق أن ينزل عنه بارادته المنفردة فيزول. وتنص المادة ٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على « أن الموجب الذى عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام » ، أى يمكن أن ينتقل بسبب خاص كالوصية والبيع والهبة ، أو بسبب عام كالميراث.

(٢) يجوز لصاحب الحق على شرط واقف أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف . ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط ، أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة . وكل تصرف من جانب المدين يضر بحقوق الدائن عند تحقق الشرط لا يعتد به ، وذلك فيما عدا الحقوق التى كسبها الغير بحسن نية (م ٩٥ لبنانى) (١) .

(٣) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل فى القسمة ورفع دعاوى تحقيق الخطوط ووضع الحراسة على الأعيان(٢) . بل يجوز له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى هاتين الدعويين(٣) .

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥ — وانظر أيضاً الفقرة الثانية من المادة ٩٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٣) ويجوز للدائن تحت شرط واقف أن يأخذ بحقه كفيلا أو رهناً أو أى ضمان آخر (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٢) . ومن الأعمال التحفظية التى يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يقوم بها قطع التقادم ضد حائز العين . ذلك أن التقادم فى هذه الحالة يسرى ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولكنه قد يتم قبل تحقق الشرط الواقف ، فإذا ما تحقق هذا الشرط ولم يستطع صاحبه قطع التقادم ، فإنه لا يتمكن من نزع العين من حائزها بعد أن أصبح هذا مالكاً لها =

(٤) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل فى التوزيع ، ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ فى خزانة المحكمة وتعليق قبضه إياه على تحقق الشرط(١) . ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التالين بشرط أن يقدموا كفالة تضمن رده فى حالة تحقق الشرط(٢) . ولكن لا يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأى حجز تحفظى آخر ، لأن حقه غير حال الأداء ولا محقق الوجود (م ٥٤٣ وم ٦٠٤ مرافعات) . ولكن إذا حجز دائن آخر على ما للمدين لدى الغير كان للدائن تحت شرط واقف أن يدخل فى التوزيع على النحو الذى سبق ذكره (٣).

٣١ — الحق المعلق على شرط واقف وجوده غير كامل : ولكن الحق المعلق على شرط واقف إذا كان موجوداً ، فان وجوده ناقص لم يتكامل . ولا يتكامل إلا إذا تحقق الشرط . ومن ثم يفقد هذا الحق الناقص، فى مرحلة التعليق، مزايا الحق الكامل من وجوه عدة ، نذكر من بينها :

(١) لا يكون الحق المعلق على شرط واقف قابلا للتنفيذ القهرى وهو فى حالة التعليق . فلا يستطيع الدائن تحت شرط واقف أن يقتضى جبراً من المدين الدين المعلق على هذا الشرط . بل لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يستعمل الدعوى البولصية وهي توطئة وتمهيد مباشر للتنفيذ القهرى ، فقد قدمنا أن حق الدائن

= بالتقادم . ومن ثم جاز للمالك شرط واقف أن يقطع التقادم قبل أن يتم توقياً لهذا الضرر (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥) .

ولكن لا يعتبر عملا تحفظياً تطهير العقار المرهون ، فلا يجوز للمالك تحت شرط واقف لعقار مرهون أن يطهره ، ويجوز ذلك للمالك تحت شرط فاسخ إذ يعتبر التطهير عملا من أعمال الإدارة كما سنرى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٢) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٤ — توليبه ٦ فقرة ٥٢٨ — وبرانتون ١١ فقرة ٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٠ — لوران ١٧ فقرة ٨٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠ .

(٣) لوران ١٧ فقرة ٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ نوفبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص ٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٤ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ١ .

فى الدعوى البولصية يجب أن يكون مستحق الأداء والحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء .

(٢) لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختيارى . ليس ثمة بطبيعة الحال ما يمنع المدين تحت شرط واقف من أن يفى بالدين قبل تحقق الشرط ، ولا ما يمنع الدائن من تقاضى هذا الحق ، ولكن هذا الوفاء يكون وفاء بغير المستحق . فاذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق ، جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة فى دفع غير المستحق (١) .

(٣) لما كان الحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء لأن وجوده لم يتكامل ، فان التقادم المسقط لا يسرى بالنسبة إليه ما دام حقاً معلقاً ، ولا يسرى التقادم إلا إذا تكامل وجود الحق وأصبح نافذاً وذلك بتحقق الشرط .

(٤) إذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية ، كان لهذا الحق مالكان : مالك تحت شرط واقف وهو الذى انتقلت له الملكية معلقة على هذا الشرط ، ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف (٢) . فالمالك تحت شرط واقف حقه غير كامل الوجود كما قدمنا ، أما حق المالك تحت شرط فاسخ فهو كامل الوجود . ومن ثم كان لهذا المالك أن يدير العين ، وأن يتصرف فيها ، وأن يطهر العقار ، وهو الذى يتحمل هلاك العين ، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم عليها (٣) .

---

(١) ديرانتون ١٣ فقرة ٦٨٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٥٨ — لوران ١٧ فقرة ٩١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٦٠ .

(٢) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤ — ص ١٥ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٢ .

(٣) ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يمنع هذا التنفيذ ، ولكن إذا تحقق الشرط الواقف كان له أثر رجعى ، فتزول الآثار التى ترتبت عليه (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٤) .

ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يأخذ بالشفعة حال تعليق الشرط ، ولا يأخذ بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط . كذلك البيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط ، ولا تجرى مواعيد الشفعة إلا من وقت تحققه (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) .

§ ٢ — الشرط الفاسخ

٣٢ — الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود نافذ : قدمنا أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود وجوداً كاملا ، وهو فى الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه حق موجود على خطر الزوال .

فصاحب هذا الحق يملكه حالا ، وله أن يديره وأن يتصرف فيه كما سبق القول ، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه ، فاذا ما تحقق الشرط الفاسخ ، زال حقه وزالت معه جميع التصرفات التى أجراها فيه .

على أن هناك من الأعمال التى يقوم بها صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ما يبقى حتى بعد تحقق الشرط ، وهى أعمال الادارة المقترنة بحسن النية ، وسيأتى بيان ذلك .

وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ هو الذى يتحمل تبعة هلاك العين ، وهو الذى يطهر العقار المرهون ، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم على العين المملوكة تحت شرط فاسخ ويكون هذا التنفيذ معلقاً إلغاؤه على تحقق الشرط(١) .

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يحسب مدة حيازته للعين فى التقادم ، فاذا أكمل المدة ملك العين بالتقادم تجاه المالك الحقيقى ولحساب المالك تحت شرط واقف ، فاذا ما تحقق الشرط رجعت العين ، بعد أن تمت مدة التقادم ، لا إلى المالك الأصلى بل إلى المالك تحت شرط واقف(٢) .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٢ . ويدفع المالك تحت شرط فاسخ رسوم انتقال الملكية كاملة .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٧٥ — وجاء فى الموجز للمؤلف : « وإذا تلقى الدائن ملكية العين معلقة على شرط فاسخ ، وتبين بعد ذلك أن المدين الذى تلقى الدائن عنه الملكية كان لا يملك العين بل كان واضعاً يده عليها ، فإن الدائن يتملك العين بالتقادم إذا تأيد حقه بتخلف الشرط وكان قد أكمل المدة اللازمة لتملك العين بالتقادم . ففى بيع الوفاء لو أن البائع وفاء كان لا يملك العين ، ولكنه وضع يده عليها مدة اثنتى عشرة سنة ، ثم باعها وفاء ، وبقى المشترى واضعاً مدة ثلاث سنوات أخرى ، وانقضى ميعاد الاسترداد دون أن يسترد البائع ، فإن المشترى يتملك العين لا بالبيع لأنه صدر من غير مالك ، بل بالتقادم بعد أن أكمل مدته خمس عشر سنة » =

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة بالنسبة إلى العين التي يملكها تحت هذا الشرط ، كما يستطيع أن يدفع عن نفسه كمالك أي اعتداء يقع على ملكيته .

وإذا كانت العين المملوكة تحت شرط فاسخ نصيباً شائعاً ؛ جاز للمالك تحت شرط فاسخ أن يطلب القسمة ، فاذا ماتمت كانت نافذة فى حقه وفى حق المالك تحت شرط واقف فى حالة تحقق هذا الشرط . ذلك أن القسمة إجراء من اجراءات الادارة التى تبقى قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ . ولكن يجوز للمالك تحت شرط واقف أن يتدخل فى إجراءات القسمة حتى يمنع أى غش أو تواطؤ بين الشركاء . ويستوى فيما قدمناه أن تكون القسمة قسمة قضائية أو قسمة رضائية(١) .

= (الموجز فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦). ونلاحظ هنا أن المشترى وفاء قد أكل التقادم إما لحسابه هو إذا لم يسترد البائع ، أو لحساب البائع إذا استرد . وفى حالة استرداد البائع للمبيع وفاء تعود إليه الملكية ، ويعتبر أنه كسبها بالتقادم ، فقد وضع يده اثنتى عشرة سنة أكلها المشترى إلى خمس عشرة .

وكما يسرى التقادم لمصلحة المالك تحت شرط فاسخ ، كذلك يسرى التقادم ضده ، فلو أن عقاراً باعه صاحبه تحت شرط واقف ، فبقى هو مالكاً إياه تحت شرط فاسخ ، ثم اغتصب العقار شخص آخر ، فإن المغتصب يكسب الملكية بالتقادم ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولا يقف التقادم لمصلحة المالك تحت شرط واقف (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٣) . ويذهب كثير من الفقهاء (ديرانتون ٩ فقرة ٣١٢ — لاروميير ٢ م ١١٨١ فقرة ١٦ — لوران ١٧ فقرة ٩٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢١ — فقرة ٨٢٢) إلى أن الحائز للعقار (المغتصب) يسرى تقادمه ضد المالك تحت شرط فاسخ أو ضد المالك تحت شرط واقف حسبما يتخلف الشرط أو يتحقق ، لأن لتخلفه أو لتحققه أثراً رجعياً . فإذا تخلف الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط فاسخ الذى تأيدت ملكيته بتخلف الشرط ، وإذا تحقق الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط واقف إذ يعتبر مالكاً منذ البداية بتحقق الشرط . ولا نرى فى هذا الخلاف أهمية عملية مادام الجميع متفقين أن سريان التقادم لا يوقف ضد المالك تحت شرط واقف إذا ما تحقق الشرط وصار مالكاً منذ البداية واعتبر التقادم سارياً ضده . والنتيجة العملية لا تتغير ، فالحائز تحسب له مدة حيازته فى أثناء تعلق الشرط ، إما ضد المالك تحت شرط فاسخ ، وإما ضد المالك تحت شرط واقف . ولذلك رأينا فيما قدمناه أن المالك تحت شرط واقف يستطيع أن يقطع التقادم أثناء تعلق الشرط ، ويعتبر هذا عملا من أعمال التحفظ المخولة له بموجب حقه المعلق على شرط واقف (انظر آنفاً فقرة ٣٠ فى الهامش) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٦٧ — فقرة ٨٧٢ . ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يأخذ =

أما الدائن تحت شرط فاسخ ، أى من له حق شخصى معلق على هذا الشرط ، فان حقه يكون حالا واجب الأداء ، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرها ، أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ الجبرى .

٣٣ – ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال :

على أن الحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال ، وهو يزول فعلا بتحقق الشرط . فاذا كان الدائن تحت شرط فاسخ قد استوفى الدين من مدينه ، ثم تحقق الشرط ، جاز للمدين أن يسترد مادفع وفقاً للقواعد العامة فى دفع غير المستحق(١) .

ولا يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، كما قدمنا ، أن يأتى من الأعمال مامن شأنه أن يعوق الجانب الآخر – صاحب الحق المعلق على شرط واقف – من استعمال حقه إذا نفذ هذا الحق بتحقق الشرط (٢).

= بالشفعة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧)، ويبقى حقه على العقار الذى أخذه بالشفعة قائماً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ (استثناء من الأثر الرجعى) ، ولا يرد للمالك تحت شرط واقف عند تحقق الشرط إلا العين الأصلية دون العين المشفوع فيها . ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يطهر العقار المرهون ، ويكون التطهير باتاً ولو تحقق الشرط الفاسخ (بودرى ٢ فقرة ٨٧٣ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . أنظر فى الأثر البات للأخذ بالشفعة والتطهير : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١ – الموجز للمؤلف ص ٤٨٥ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥) .

(١) ولا تقع المقاصة بين دين معلق على شرط فاسخ ودين بات ما بقى التعليق قائماً (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٧–الموجز للمؤلف ص٤٨١). ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ٢) إلى جواز المقاصة حالة التعليق لأن الدين حال الأداء، فإذا تحقق الشرط زالت المقاصة ، ويستند فى ذلك إلى موسوعة داللوز ٢ فقرة ١٢٢ ص ٩١٠ . وتجوز المقاصة على كل حال بين دين كان معلقاً على شرط فاسخ ثم تأيد وبين دين منجز منذ البداية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦) .

(٢) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ – الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٣ .

المبحث الثاني

أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٣٤ — مسائل البحث : إذا انتهت مرحلة التعليق فانمآل الشرط يتبين، فهو إما أن يتحقق وإما أن يتخلف. وسواء تحقق أو تخلف فلكل من ذلك أثره، فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ. ويكون لتحقق الشرط، واقفاً كان أو فاسخاً، أثر رجعى فى الكثرة الغالبة من الأحوال.

فنتكلم إذن فى المسائل الآتية : (١) كيف يتحقق الشرط أو يتخلف. (٢) أثر تحقق الشرط أو تخلفه فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ. (٣) الأثر الرجعى للشرط.

§ ١ — كيف يتحقق الشرط أو يتخلف

٣٥ — العبرة بإرادة طرفى الالتزام فى تحقق الشرط أو تخلفه : تنص المادة ١١٧٥ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « يجب أن يكون تحقق الشرط على الوجه الذى يظهر أن الطرفين قد أرادا وقصدا أن يكون (١) ». وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المصرى، ولكنه تطبيق للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بحكمه فى مصر دون حاجة إلى نص فى ذلك.

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر الوجه الذى يريد الطرفان أن يكون عليه تحقق الشرط، وذلك بالرجوع إلى نيتهما، فيقضى بأن الشرط قد تحقق أو تخلف، ولا معقب على حكمه. فاذا كان الشرط عملا يجب القيام به، نظر القاضى هل قصد الطرفان أن يقوم به شخص معين بالذات كما إذا كان عملا فنياً لشخصية القائم به

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

اعتبار ملحوظ ، أو قصدا أن يقوم به أى شخص كما إذا كان عملا لاعبرة فيه بشخصية القائم به . كذلك يقدر القاضي ما إذا كان الشرط يقبل التجزئة بحيث إن تحقق جزء منه قابله جزء من الالتزام المشروط ، أو أنه لا يقبل التجزئة فاما أن يتحقق كله وإلا عد متخلفاً . وقد يكون الشرط هو تحقيق غاية ، كما إذا كان زواجاً اشترط على الدائن أن يعقده ، فعلى الدائن أن يعقد هذا الزواج حتى يتحقق الشرط ، وليس له أن يحتج بأنه قد بذل جهده فى عقد الزواج ولكنه لم يوفق ، فالشرط هنا هو تحقيق غاية هى عقد الزواج ، فاذا لم تتحقق هذه الغاية ، مهما تكن هذه الأسباب لعدم تحققها ولو كانت أسباباً قاهرة ، اعتبر الشرط متخلفاً . كما قد يكون الشرط هو بذل عناية ، فعند ذلك يجب من يطلب منه بذل هذه العناية ألا يدخر وسعاً فى تحقيق الغرض المقصود ، ولكن ليس عليه أن يتحقق هذا الغرض .

وإذا تحقق الشرط أو تخلف ، فقد تحدد مصيره على وجه نهائى لا سبيل إلى الرجوع فيه . فاذا كان الشرط مثلا الزواج فى خلال مدة معينة ، وتم الزواج فى خلال هذه المدة ، فقد تحقق الشرط ولو وقع الطلاق بعد ذلك . وإذا لم يتم الزواج فى خلال المدة المعينة ، فقد تخلف الشرط ولو تم الزواج بعد انتهاء هذه المدة (١) .

٣٦ — الشرط الذى حدد لتحققه أو لتخلفه وقت معين : وتنص المادة ١١٧٦ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « إذا علق الالتزام على شرط هو أن يقع أمر فى وقت معين ، فان الشرط يعتبر متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . فاذا لم يحدد لوقوع الأمر وقت ، جاز أن يتحقق الشرط فى أى وقت ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع » (٢) . وتنص المادة ١١٧٧

---

(١) أنظر فى كل هذه المسائل بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٠ — فقرة ٧٩٧ .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillir lorsque le temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillir que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas.

من نفس التقنين على أنه « إذا علق الالتزام على شرط هو ألا يقع أمر فى وقت معين ، فان الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع . فاذا لم يحدد وقت ، فان الشرط لا يتحقق إلا عند ما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر » (١). ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى المصرى ، ولكن يمكن الأخذ بأحكامها دون حاجة إلى نص لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ومثل الشرط الذى يقع فى وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على عودة ابنه الغائب فى ميعاد يضربه ، فيقول إذا عاد ابنى الغائب فى خلال ثلاث سنوات مثلا. وقد لايعين ميعاداً ، فيقتصر على أن يقول إذا عاد ابنى الغائب . ومثل الشرط الذى لايقع فى وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على انعدام خلف له ويضرب لذلك ميعاداً ، فيقول إذا لم يولد لى ولد فى خلال سنتين مثلا . وقد لا يعين ميعاداً ، فيقتصر على أن يقول إذا لم يولد لى ولد .

فاذا علق الملتزم التزامه على شرط أن يعود ابنه الغائب فى خلال ثلاث سنوات ، فان هذه المدة التى عينها تكون أحد عناصر الشرط ، ولا يتحقق الشرط إلا إذا عاد ابنه فى خلال هذه المدة . فان انقضت دون أن يعود فان الشرط يتخلف ، حتى لو عاد الابن بعد ذلك بمدة وجيزة . ولا يجوز للقاضى أن يمد المدة ، توقعاً لعودة الابن الغائب فى أجل قريب . وتسرى المدة فى حق القاصر وناقص الأهلية ولو لم يكن له ولى ، لأنها ليست مدة تقادم حتى يرد عليها الوقف ، كذلك لايجوز قطعها كما تقطع مدة التقادم(٢) . ويتخلف الشرط أيضاً ، حتى قبل انقضاء المدة المعينة ، متى أصبح من المؤكد أن الإبن الغائب

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé : elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'évènement n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'évènement n'arrivera pas.

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٣٩ — فقرة ٣٤٠ — توليبه ٦ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٧ فقرة ٧٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٩ .

لن يعود . بأن يموت مثلا قبل انقضاء المدة (١) . أما إذا عاد الابن الغائب فى خلال ثلاث سنوات . فقد تحقق الشرط ، ويبت فى ذلك قاضي الموضوع دون معقب على حكمه . وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة محددة ، بل كان مقتصراً على اشتراط عودة الابن الغائب ، فهو لايتحقق إلا إذا عاد الابن . ولكنه يتحقق بعودة الابن فى أى وقت ، حتى لو كان ذلك بعد موت الملتزم ؛ فان التزامه المعلق على شرط ينتقل إلى ورثته ، ويبقى معلقاً بعد انتقاله إلى الورثة حتى يعود الابن الغائب . ولا يتخلف الشرط فى هذه الحالة إلا إذا أصبح من المؤكد أن الابن الغائب لن يعود فى أى وقت ، ويكون ذلك إما بالتحقق من وفاته ، وإما بانقضاء مدة طويلة من الزمن تصبح معها وفاته أمراً يبلغ حد اليقين . ويجوز كذلك ، عند عدم تعيين مدة يتحقق فى خلالها الشرط ، أن يعين القاضي مدة معقولة ، مستخلصاً إياها من نية الطرفين ومن ظروف التعاقد وملابساته(٢).

وما قدمناه ينطبق على الشرط السلبي : الا يقع أمر فى خلال مدة معينة . فاذا علق الملتزم التزامه على شرط ألا يولد له ولد فى خلال سنتين ،فان الشرط يكون قد تحقق إذا انقضت هذه المدة(٣) دون أن يرزق ولداً ، حتى لو رزق الولد بعد انقضاء المدة بوقت وجيز . بل أن الشرط يكون قد تحقق — وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١١٧٧ فرنسي — حتى قبل انقضاء المدة إذا أصبح مؤكداً أن الملتزم لن يولد له ولد ،بأن ثبت عقمه مثلا أو مات قبل انقضاء المدة . أما إذا رزق الملتزم ولداً فى خلال السنتين ،فان الشرط يكون قد تخلف ، حتى لو مات الولد بعد ذلك ولو كان موته قبل انقضاء السنتين . وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة ، بل كان مقتصراً على ألا يولد للملتزم ولد ، فان الشرط يتخلف إذا رزق الملتزم ولداً فى أى وقت إلى أن يموت . ويتحقق

---

(١) ولم يرد هذا الفرض فى المادة ١١٧٦ فرنسي ، كما ورد نظيره فى المادة ١١٧٧ فرنسي، ولكنه حكم يستخلص من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٠ .

(٣) ولا تمد المدة ولا توقف ولا تنقطع .

الشرط إذا أصبح من المؤكد ألا يولد له ولد ، بأن أصبح عقيما مثلا أو ماتت زوجته وكان الشرط أن يكون الولد منها(١) .

٣٧ – تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش : وتنص المادة ١١٧٨ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان المدين بالتزام معلق على هذا الشرط هو الذى منع تحققه »(٢) . وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المصرى ، ولكن المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان قد احتوى على نص مقابل هو المادة ٣٨٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ – يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه . ٢ – لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق » . والنص كما نرى أكثر استيعاباً وأوسع شمولا من نص التقنين المدنى الفرنسى(٣) . ولكنه

---

(١) وقد جاء فى المادة ٨٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : « إذا عقد موجب وكان معلقاً بشرط وقوع حادث ما فى وقت معين ، فان هذا الشرط يعد غير متحقق إذا انصرم ذلك الوقت ولم يقع ذلك الحادث . ولا يجوز للقاضى على الاطلاق أن يمنح فى هذه الحالة تمديداً للمهلة. وإذا لم يضرب أجل ما ، فان تحقق الشرط ممكن فى كل آن ، ولا يعد غير متحقق إلا إذا أصبح من المؤكد أن الحادث لن يقع» . وجاء فى المادة ٨٩ من نفس التقنين : «إذا عقد موجب مباح شرعاً على ألا يطرأ حدث ما فى زمن معين ، فيعد هذا الشرط متحققا إذا انقضى هذا الزمن ولم يقع الحدث ، أو أصبح من المؤكد قبل الأجل المعين أنه لن يقع . وإذا لم يكن ثمة وقت معين فلا يتحقق الشرط إلا إذا بات من المؤكد أن الحدث لن يقع » .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.

(٣) وقد أخذ من المادتين ١٣١ — ١٣٢ من التقنين الفرنسى والمادتين ٩١ — ٩٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى والمادة ١٦٢ من التقنين المدنى الألمانى (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٣ ص ٤٠٨ — ٤٠٩) .

وقد نصت المادة ٩٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « أن الشرط الموقوف تحقيقه على اشتراك شخص ثالث فى العمل أو على فعل من الدائن يعد غير متحقق إذا نكل الشخص الثالث عن الاشتراك أو الدائن عن إتمام الفعل المعين وأن يكن المانع غير منوط بمشيئته». ونصت المادة ٩١ من هذا التقنين على أن «يعد الشرط متحققا حينما يكون المديون الملزم إلزاماً» =

حذف فى لجنة المراجعة «لإمكان استخلاص حكمه من القواعد العـامة » (١).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحيـة للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص مايأتى : « تواجه هذه المادة فرضين : أولهما يعرض حيث يحول ذو المصلحة فى تخلف الشرط دون تحققه بطريق الغش ، كما هو الشأن فى المدين بالتزام معلق على شرط موقف أو الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ . وفى مثل هذا الفرض يعتبر الشرط قد تحقق ولو أنه لايزال متخلفاً فى حكم الواقع ، جزاء ما وقع من غش المدين أو الدائن بحسب الأحوال . والثانى يعرض حيث يعمد ذو المصلحة ، على نقيض ماوقع فى الفرض الأول ، إلى تحقيق الشرط بطريق الغش ، كما هو الشأن فى الدائن بالتزام معلق على شرط موقف (كالمستأمن إذا انتحر أو تسبب فى الحريق عمداً) ، والمدين بدين معلق على شرط فاسخ . ولا رتب تحقق الشرط فى هذا الفرض أثراً ما ، بل يبرأ المدين من التزامه ، أو يظل مرتبطاً به نهائياً ، رغم تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ . ومن الواضح أن إقرار هذا الحـكم قصد به إلى قمع مايقع من غش من المدين أو الدائن بحسب الأحوال » (٢) .

وواضح أن ذا المصلحة من الطرفين فى تخلف الشرط إذا حال دون تحققه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط واقف يحول دون تحقق هذا الشرط حتى لا ينفذ التزامه(٣)، أوالدائن تحت شرط فاسخ يحول دون تحقق هذا الشرط حتى يصبح حقه باتا لايفسخ ، يكون قد عمل على نقض ماتم من جهته ، ومن سعى إلى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه . وكذلك الحال فى ذى المصلحة من الطرفين فى تحقق الشرط إذا عمل على تحقيقه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط فاسخ يعمل على تحقيق هذا الشرط حتى يفسخ التزامه ، وكالدائن تحت شرط

= شرطياً قد منع بدون حق وقوع الحادث أو كان متأخراً عن إتمامه» . ونصت المادة ٩٢ على أنه « لا مفعول للشرط المتحقق إذا وقع الحادث بخدعة من الشخص الذى كان من مصلحته أن يقع هذا الحادث » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ فى الهامش

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ فى الهامش .

(٣) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ .

واقف يعمل على تحقيق الشرط حتى يصبح حقه نافذاً . فى جميع هذه الأحوال يكون هناك خطأ من الطرف الذى عمل على تخلف الشرط أو على تحققه ، فيجب عليه التعويض عن خطأه . وخير تعويض هو أن يعتبر الشرط الذى عمل على تخلفه قد تحقق ، أو الشرط الذى عمل على تحققه قد تخلف ، فهذا هو التعويض العينى للخطأ الذى ارتكبه .

ولكن لابد أن يكون قد ارتكب خطأ فى الحيلولة دون تحقق الشرط أو دون تخلفه ، ولا يكفى أن يكون بمجرد عمله قد حال دون ذلك من غير أن ينطوى هذا العمل على خطأ . فلو أن المؤجر التزم نحو المستأجر أن يؤجر له طابقاً آخر من الدار إذا بقى فى الطابق الأول الذى أجره له مدة معينة ، ثم تأخر المستأجر عن دفع أجرة الطابق الأول مما دعا المؤجر أن يستصدر حكماً عليه بالإخلاء قبل انقضاء المدة المعينة ، فلا يقال فى هذه الحالة أن المؤجر قد عمل ، باخراج المستأجر من الطابق الأول ، على تخلف الشرط مما يؤدى إلى اعتباره متحققاً . ذلك أن المؤجر لم يرتكب خطأ فى إخراج المستأجر من الطابق الأول ، بل المستأجر هو الذى ارتكب الخطأ بتأخره عن دفع الأجرة . وإذا التزم شخص نحو ابنه باعطائه مبلغاً من المال إذا لم يبن له داراً ، فان الأب يستطيع أن يبنى الدار للابن فيتخلف الشرط بذلك ، ولا يعتبر الأب مخطئاً فى العمل على تخلف الشرط(١). وإنما يعتبر الطرف قد أخطأ فى العمل على تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً ، فى الفرض الآتى : شخص تعهد باعطاء إيراد مرتب لشخصين طول حياتهما ، على أن من يموت منهما قبل الآخر يرتد إيراده إلى صاحبه ، فيجمع هذا بين الإيرادين . فاذا قتل أحد هذين الشخصين الآخر ، فانه يكون بذلك قد عمل غشاً على تحقيق الشرط الذى يترتب على تحققه أن يرتد له إيراد الشخص المقتول ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً جزاء له على غشه ، ولا يرتد له هذا الإيراد(٢). كذلك

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٦ .

(٢) محكمة استئناف بواتييه أول فبراير سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢—٢—٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٨ . وقريب من ذلك الوارث إذا قتل مورثه ، فانه لا يرث فى الشريعة الإسلامية ، وإن كان حق الوارث فى الميراث ليس حقاً معلقاً على شرط كما سبق القول .

إذا أحرق المؤمن على الحريق المكان الذى أمنه ، فانه لا يستحق مبلغ التأمين .

على أنه ليس من الضرورى ، بعد أن حذف نص المادة ٣٨٨ من المشروع التمهيدى وكان يشترط أن تكون الحيلولة دون تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش ، أن تكون الحيلولة حتما بهذا الطريق . بل يكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب من حال دون تحقق الشرط أو دون تخلفه ، ولو لم يصل هذا الخطأ إلى درجة التعمد والغش . فاذا تعهد صاحب مصنع لموظفيه بأن يعطيهم تعويضاً عن مصروفات انتقالهم إلى المصنع إذا لم يقدم لهم عربة خاصة تنقلهم إليه ، فان مجرد تأخر أحد الموظفين عن إدراك العربة الخاصة يكون خطأ . ويكون قد عمل على تحقيق الشرط بخطأ منه ، فلا يستحق تعويضاً عن مصروفات انتقاله إلى المصنع بوسائله الخاصة(١) .

---

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد : « ويعتبر الشرط قد تحقق حكماً إذا منع المدين تحققه عن عمد أو إهمال (م ١١٧٨ فرنسى – استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١) . فإذا تعهد شخص لسمسار بأن يدفع له مبلغاً من النقود إذا توسط السمسار فى بيع منزل مملوك للمتعهد بالثمن المناسب ، ووجد السمسار مشترياً بثمن مناسب ، وامتنع صاحب المنزل من بيعه عمداً أو أهمل حتى ضاعت الصفقة ، فإن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ، ويجوز للسمسار أن يطالب بالمبلغ الذى وعد به . ولكن إذا كان المدين فى منعه لتحقق الشرط إنما كان يستعمل حقاً له دون أن يتعسف فى استعماله ، فلا يعتبر الشرط متحققاً حكماً فى هذه الحالة . وقد ضرب بوتييه (الالتزامات فقرة ٢١٢) لذلك مثلا : أوصى شخص لآخر بمنزل بشرط أن يدفع الموصى له مبلغاً من المال لشخص معين فى مدة سنة وإلا بقى المنزل للوارث . فإذا منع الوارث الموصى له من تحقيق الشرط الذى علقت عليه الوصية ، بأن حجز على أمواله لدين شخصى فى ذمة الموصى له للوارث ، وجعل الوارث الموصى له بذلك عاجزاً عن دفع المال للشخص المعين فى المدة المحددة ، فإن الشرط يعتبر متخلفاً لا متحققاً حكماً ولو أن الوارث هو الذى منع تحقق الشرط ، لأنه فى منعه لتحقق الشرط إنما كان يستعمل حقاً ثابتاً له . وكما أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً إذا منع المدين تحققه لسبب غير مشروع ، فإنه كذلك يعتبر متخلفاً حكماً إذا حققه الدائن بعمل غير مشروع . فمن يتعاقد مع شركة تأمين على الحياة على أن الشركة تعطى ورثته مبلغاً من المال إذا مات ، ثم يعجل بعد ذلك بموته بأن ينتحر مثلا ، فيحقق الشرط بعمل غير مشروع ، لا يكون بذلك قد حقق الشرط تحقيقاً معتبراً ، بل يعد الشرط متخلفاً حكماً » (الموجز فقرة ٤٧٤ ص ٤٨٢) .

هذا ويلاحظ أن التزام شركة التأمين على الحياة بإعطاء الورثة مبلغ التأمين ، إذا مات مورثهم المؤمن له ، ليس التزاماً معلقاً على شرط ، بل هو التزام مقترن بأجل ، إذ الموت أجل لا شرط وإن كان أجلا غير معين . ومع ذلك فإنه إذا انتحر المؤمن له ، لم يحل الأجل ، وتبرأ ذمة شركة التأمين من التزامها بدفع مبلغ التأمين (أنظر فقرة ٧٥ فيما يلى) .

ولا يطلب من الطرف ذى الشأن إلا أن يثبت أن الطرف الآخر قد حال بخطأه دون تحقق الشرط أو دون تخلفه(١) .

ولكن يجوز للطرف الآخر أن يثبت أنه بالرغم من خطأه فان الشرط ما كان ليتحقق أو ما كان ليتخلف ، وفى هذه الحالة لا يجوز اعتبار الشرط متحققاً أو متخلفاً مادام الخطأ ليس هو السبب الحقيقى فى تخلفه أو فى تحققه(٢) .

§ ٢ — أثر تحقق الشرط أو تخلفه

٣٨ — الشرط الواقف — النصوص القانونية : رأينا أن المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى المصرى تنص فى صدرها على ما يأتى : « إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط »(٣).

فاذا تحقق الشرط الواقف إذن نفذ الالتزام المعلق عليه ، وكان قبل تحقق الشرط موقوفاً كما رأينا(٤) . فيجوز بعد تحقق الشرط للدائن أن ينفذ بحقه اختياراً أو إجباراً ، وله أن يستعمل الدعوى البوليصة تمهيداً لهذا التنفيذ . ولا يرد ما قبضه ، لأنه قبض ما هو مستحق له . ويسرى التقادم فى حق الالتزام

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٠ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٧٨ فقرة ١٠ — لوران ١٧ فقرة ٧٦ ص ٩١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٧ .

(٣) انظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له آنفاً فقرة ٢٨ فى الهامش — وقد كانت المادة ١٠٤/١٥٨ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « إذا كان فسخ التعهد معلقاً على أمر محقق فالتعهد باطل ، ويبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه فى الأصل ثم تحقق . وأما إذا كان التعهد مشترطاً فيه انه معلق على أحد الأمرين ، فبوجود المعلق عليه يبطل الشرط ويثبت التعهد » . وصدر هذه المادة يعرض للشرط الفاسخ ، ويعرض العجز للشرط الواقف . والذى يعنينا هو الشرط الواقف ، فإذا كان التعهد معلقاً عليه وتحقق الشرط — سواء كان محققاً منذ البداية أو كان مشكوكاً فى تحققه ثم تحقق ، ولا يعتبر فى الحالة الأولى شرطاً بالمعنى الصحيح (الموجز للمؤلف ص ٤٨١ هامش رقم ١) — أصبح التعهد نافذاً ، وهذا هو عين ما يقرره صدر المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى الجديد ، فلا فرق إذن فى الحكم ما بين النصين .

(٤) وقد كان للالتزام وقت تعلق الشرط وجود ناقص كما قدمنا ، وبتحقق الشرط يتكامل هذا الوجود ، ويصبح الالتزام كامل الوجود نافذاً .

منذ تحقق الشرط ، وكان لايسرى حال تعلقه . وقد تقدم بيان كل ذلك .
هذا ويعتبر الالتزام بتحقق الشرط موجوداً ، لا منذ تحقق الشرط فحسب ، بل منذ نشوء الالتزام(١)، وهذا هو الأثر الرجعى لتحقق الشرط وسيأتى بيانه .
ويستخلص من ذلك أنه إذا تم العقد معلقاً على شرط واقف ، لم يجز لأحد المتعاقدين أن يرجع فى تعاقده مابين تمام العقد وتحقق الشرط ، فان الشرط إذا تحقق اعتبر العقد قد تم وترتبت عليه جميع آثاره منذ انعقاده لا منذ تحقق الشرط(٢) .

أما إذا تخلف الشرط الواقف ، فان الالتزام الذى كان معلقاً على هذا الشرط — وكان له وجود ناقص كما قدمنا — ينمحى ويصبح كأن لم يكن ، ولا يعتبر له وجود ، لا كامل ولا ناقص ، منذ البداية ، وهذا هو الأثر الرجعى لتخلف الشرط . وينبنى على ذلك أن المدين إذا لم يكن قد وفى شيئاً من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلا ، وإذا كان قد وفى شيئاً فانه يسترده(٣).
وينبنى على ذلك أيضاً أن الدائن إذا كان قد تصرف فى الشىء ، فان تخلف الشرط الواقف يلغى جميع تصرفاته لأنها جميعها كانت معلقة على هذا الشرط الواقف كما قدمنا(٤) .

٣٩ — الشرط الفاسخ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام. ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه ، فاذا استحال الرد لسبب هومسئول عنه وجب عليه التعويض».

---

(١) استئناف مختلط ٢ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ .
(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٧ .
(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٩ .
(٤) على أن هناك أعمالا إذا نفذت لم يمحها تخلف الشرط الواقف . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأنه إذا دفع المقرض للمقترض جزءاً من القرض ، على أن له الباقى إذا قدم المقترض شهادة بخلو العقار المرهون ضماناً لهذا القرض من الحقوق العينية والتكاليف ، فإن الرهن يبقى ضامناً للجزء المدفوع من القرض حتى لو ظهر أن العقار مثقل بحقوق سابقة (استئناف مختلط ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٤) .

« ٢ — على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط » (١).

ونرى من ذلك أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فان تحققه يزيل الالتزام المعلق عليه ، فيعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن منذ البداية بفضل الأثر الرجعي.

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد استبدال كلمة «استحال» بكلمة «تعذر» في الفقرة الأولى، وأصبح رقمه المادة ٢٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة « نافذة » بكلمة « قائمة » في الفقرة الثانية، وأصبح رقم المادة ٢٦٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦ وص ١٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق صدر المادة ١٠٤/١٥٨ ، وهو كما رأينا يقضي بأنه « إذا كان فسخ التعهد معلقاً على أمر محقق فالتعهد باطل، ويبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه في الأصل ثم تحقق » . والفسخ المعلق على أمر محقق لا يعتبر فسخاً معلقاً على شرط ، إذ الأمر المحقق لا يمكن أن يكون شرطاً كما تدمنا ، ومن ثم يكون التعهد غير موجود ما دام فسخه معلقاً منذ البداية على أمر محقق ، أي ما دام مفسوخاً منذ البداية . أما في الحالة الثانية الواردة في النص ، وهي حالة الشرط بالمعنى الصحيح ، فإن الفسخ يكون معلقاً على أمر مشكوك فيه ثم يتحقق ، وبتحقق الشرط يزول الالتزام . وهذا هو عين الحكم في التقنين المدني الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٦٩ (وهي مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدني المصري) . وفي التقنين المدني الليبي م ٢٥٦ (وهي مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدني المصري) . وفي التقنين المدني العراقي : م ٢٨٩ — ١ — العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم . فإذا تحقق الشرط فسخ العقد، وألزم الدائن برد ما أخذه ، فإذا استحال رده وجب الضمان . وإذا تخلف الشرط لزم العقد . ٢ — على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط . (ولا فرق في الحكم بين التقنين العراقي والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة ، ويرجع اختلاف العبارة إلى تأثر التقنين العراقي بتعبيرات الفقه الإسلامي — انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام فقرة ١٣٩) .
وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٩٧ — إن شرط الإلغاء لا يوقف تنفيذ الموجب ، بل يقتصر على إلزام الدائن برد ما أخذه عند تحقق الشرط . وإذا لم يتمكن من رده لسبب هو مسئول عنه ، يلزمه بدل العطل والضرر غير أنه لا يلزمه رد المنتجات والزيادات، وكل نص يقضي عليه برد المنتجات يعد كأنه لم يكن — م ٩٩ — إذا تحقق شرط الإلغاء ، فإن الأعمال التي أجراها الدائن في خلال ذلك تصبح لغواً، ما عدا أعمال الإدارة فإنها تبقى ثابتة على كل حال .
(ولا فرق في الحكم ما بين التقنين اللبناني والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة)

وينفسخ الالتزام بقوة القانون ، دون حاجة إلى حكم أو إعذار ، ويترتب على ذلك مايأتى : (١) لا حاجة لطلب الفسخ، ومن باب أولى لاستصدار حكم به ، ولكن إذا حصل نزاع وجب الالتجاء إلى القضاء ، لا ليقضى بالفسخ كما يفعل فى فسخ العقد الملزم للجانبين إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه ، بل ليقرر أن العقد قد انفسخ ، ولايجوز له أن يمنح أية مهلة . (٢) يجوز لكل ذى مصلحة التمسك بانفساخ العقد ، فيستطيع دائنو البائع بعد انفساخ عقد المشترى أن يحجزوا على المبيع مباشرة بمجرد تحقق الشرط الفاسخ . (٣) لايجوز للطرفين باتفاقهما أن ينزلا عن الفسخ ، إذ يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . ولا بد من إبرام عقد جديد ينعقد من وقت إبرامه .

وبتحقق الشرط الفاسخ تسقط جميع التصرفات التى صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ ، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة على الوجه الذى سنبينه فيما يلى . وإذا كان الدائن قد استوفى الدين ، وتحقق الشرط الفاسخ ، فعليه أن يرده للمدين ، وإذا استحال الرد لغير سبب أجنبى ، كان عليه أن يعوض المدين عما أصابه من الضرر . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبى ، فقد انقضى الالتزام بالرد ، ولا محل للتعويض فى هذه الحالة . والالتزام بالرد مبنى على أساس دفع غير المستحق ، فانه لما تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى ، تبين أن الشيء الذى دفعه المدين للدائن لم يكن مستحقاً ، فكان له الحق فى استرداده .

وإذا تخلف الشرط الفاسخ ، فان الالتزام الذى كان معلقاً عليه وكان على خطر الزوال يصبح باتاً غير معرض للزوال ، وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هى أيضاً باتة غير قابلة للنقض . أما تصرفات الطرف الآخر التى كانت معلقة على شرط واقف ، ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ ، فانها تزول بأثر رجعى كما قدمنا . ويتم كل ذلك بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة إلى حكم أو إعذار ، كما رأينا ذلك فى حالة تحقق هذا الشرط .

٤٠ — أعمال الإدارة فى حالة تحقق الشرط الفاسخ : قدمنا أن جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ تسقط بتحقق الشرط فيما عدا أعمال الإدارة . وقد نصت على ذلك صراحة ، كما رأينا ، الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ إذ تقول :

« على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط » .
وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :

« أما مايصدر من الدائن من أعمال الإدارة فيظل قائماً رغم تحقق الشرط ، ذلك أن هذه الأعمال لا تؤثر فى الحقوق التى استقرت نهائياً من جراء تحقق الشرط . ثم أنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها ماينبغى من الاستقرار . وغنى عن البيان أن بقاء الأعمال التى تقدمت الإشارة إليها مشروط بحسن نية من صدرت عنه وعدم تجاوزه المألوف فى حدود الإدارة . فاذا كان عمل الإدارة إجارة مثلا ، وجب ألا تجاوز مدتها ثلاث سنوات » (١).

والمثل المألوف لأعمال الإدارة هو الإيجار . ويدخل فى أعمال الإدارة أيضاً قبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتجديد القيد وتسجيل العقد ونحو ذلك . بل يدخل فى أعمال الإدارة ، فلا ينفسخ بتحقق الشرط الفاسخ ، القسمة وتطهير العقار . فاذا أجرى المالك قسمة العين الشائعة التى يملكها تحت شرط فاسخ ، فان هذه القسمة ، سواء كانت قضائية أو رضائية ، لاتنفسخ بتحقق الشرط ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وكذلك الأمر فيما يتعلق بتطهير العقار إذا كان مثقلا برهن وأجرى المالك تحت شرط فاسخ تطهيره ، فلا يعود مثقلا بالرهن حتى لو تحقق الشرط الفاسخ(٢) . كما تقدم القول .

ولكن يشترط لبقاء أعمال الإدارة بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ أمران :
(١) أمر ذاتى ، هو حسن نية صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، فيجب ألا يتخذ من أعمال الإدارة ذريعة يتوسل بها إلى تعطيل حق الطرف الآخر إذا تحقق الشرط الفاسخ . (٢) وأمر موضوعى ، هو ألا يجاوز فى أعمال الإدارة الحد المألوف ، فلا يعقد إجارة لمدة تجاوز ثلاث سنوات ، ولا يبيع إلا الموجود من المحصولات فيمتنع عليه بيع المحصولات المستقبلة لسنين قادمة ، وهكذا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ .

(٢) انظر فى هذا المعنى أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Condition فقرة ٦٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ . وانظر فى أن هذه المسألة مختلف فيها : بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٧٣ — بودرى ولوان ٣ فقرة ٢٣٤٠ — فقرة ٢٣٤٦ .

والسبب فى بقاء أعمال الإدارة واضح ، لأن هذه الأعمال ضرورية ويجب القيام بها فى وقتها المناسب ، ويجب أن يكون لها من الاستقرار مايكفل لها البقاء حتى يتيسر اجراؤها . ولما كان صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ هو الذى يملك الإدارة ، فقد يسر له القانون مهمته بأن أبقى أعماله قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ ، مادام قد توافر فيها الشرطان المتقدمان .

§ ٣ — الأثر الرجعى لتحقق الشرط

٤١ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط » .

« ٢ — ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه(١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٠٥/١٥٩ و ١٠٦/١٦٠ و ٢٦٩ مكررة/٣٤٠ (٢) . ولا فرق فى الحكم بين التقنينين .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، بعد أن أبدلت فى لجنة المراجعة كلمة « انسحب » بكلمة « استند » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٢ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ و ص ٢١ — ص ٢٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ١٠٥/١٥٩ : إذا تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد أو بطلانه ، فيعتبر التعهد والحقوق اللاحقة له مستحقة أو لاغية من وقت الاتفاق على هذا الشرط .

م ١٠٦/١٦٠ : ومع ذلك إذا صار الوفاء بالمتعهد به غير ممكن قبل وقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد ، فلا يكون لهذا الأمر تأثير عند وقوعه .

=

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٠، وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٢٥٧، وفى التقنين المدنى العراقى ٢٩٠، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٩٥و٩٦و٩٨و٩٩(١).

= م ٢٦٩ مكررة/٣٤٠: لا يضر وقوع الشرط الذى يجهله الدائن المرتهن لعقار بالحقوق الآيلة إليه من البائع تحت شرط توقيفى أو من المشترى تحت شرط فاسخ (قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٣): وهذا النص فى التقنين المدنى السابق يقابل المادة ١٠٣٤ من التقنين المدنى الجديد. ويلاحظ أن العقد المعلق على شرط لابد من شهره معلقاً بالشرط، فاذا ما تحقق الشرط أثر ذلك فى حق الدائن المرتهن، وهذا خلافا لحكم المادة ٢٦٩ مكررة/٣٤٠ من التقنين المدنى السابق (الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى: م ٢٧٠ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م ٢٥٧ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م ٢٩٠ (مطابقة فى الحكم للمادة ٢٧٠ من التقنين المدنى المصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٤٣ — فقرة ١٤٨)

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٥: أن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة فى حالة تحقق الشرط. وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التى أجراها الموجب عليه فى خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية.

م ٩٦: إذا هلك أو تعيب موضوع الموجب المعلق على شرط قبل تحقق الشرط فتطبق القواعد الآتية: إذا هلك الشىء جميعه ولم يكن هلاكه ناشئاً عن فعل أو خطأ من المديون، فيبقى تحقق الشرط بدون مفعول ويعد الموجب كأنه لم يكن. وإذا كان هذا الموجب ناشئاً عن عقد متبادل فان الشىء يهلك على المديون، بمعنى أنه لا يحق له أن يطالب الدائن بتنفيذ الشىء المقابل. وإذا تعيب الشىء أو نقصت قيمته بلا فعل ولا خطأ من المديون، وجب على الدائن قبوله بحاله دون تخفيض من الثمن. وإذا هلك الشىء جميعه بخطأ أو بفعل المديون، حق للدائن أن يطلب بدل العطل والضرر. وإذا تعيب الشىء أو نقصت قيمته بخطأ أو بفعل من المديون، كان للدائن أن يختار إما قبول الشىء على حاله وإما إلغاء العقد، وفى الحالتين لا يحرم حق المطالبة ببدل العطل والضرر عند الاقتضاء. كل ذلك إذا لم يشترط الفريقان خلافه.

م ٩٨: إن القاعدة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٩٥ تطبق على الموجبات المعقودة على شرط الإلغاء، فيما يختص بالأعمال التى أجرها ذاك الذى تلغى حقوقه بتحقق الشرط، ما خلا الحقوق المكتسبة شرعا لشخص ثالث حسن النية.

م ٩٩: إذا تحقق شرط الإلغاء فان الأعمال التى أجرها الدائن فى خلال ذلك تصبح لغوا، ما عدا أعمال الإدارة فانها تبقى ثابتة على كل حال. —

وهـذه المسألة هي من أهم المسائل فى الشرط . ويختلف الشرط عن الأجل بوجه خاص فى أن للشرط أثراً رجعياً ليس للأجل(١)، وفى أن الشرط أمر غير محقق الوقوع والأجل أمر محقق .

ونتكلم ، فى الأثر الرجعى للشرط(٢) ، فى المسائل الآتية : (١) الأساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى وتقدير هذا المبدأ . (٢) ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعى . (٣) ما يستثنى من إعمال الأثر الرجعى .

٤٢ — الأساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى — تقرير

هذا المبدأ : أشرنا فيما قدمناه إلى أن لتحقق الشرط ، سواء كان الشرط واقفاً أو فاسخاً ، أثراً رجعياً . وهذا ما تقوله صراحة المادة ٢٧٠ مدنى ، فهى كما رأينا تقرر أنه إذا تحقق الشرط استند إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام .

ونبدأ ببيان الأساس الذى يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعى. وقد تشعبت الآراء فى بيان هذا الأساس .

فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعى لتحقق الشرط ليس إلا مجرد افتراض وهمى (fiction) من جانب المشرع ، الغرض منه تفسير بعض

= (والتقنين اللبنانى ، كما نرى ، لايصرح بمبدأ الأثر الرجعى لتحقيق الشرط ، ولكنه يورد أهم تطبيقاته وأهم استثناءاته . ولعله تأثر بالنقد الذى يوجه عادة من الفقه الحديث إلى مبدأ الأثر الرجعى . وهو فى تبعة الهلاك يتمشى مع أحكام القانون المدنى الفرنسى إلا فى التعيب والهلاك الجزئى)

(١) لم يكن القانون الرومانى فى عهده المدرسى يجعل للشرط أثراً رجعياً فى كل الصور فقد كان الأثر الرجعى لتحقق الشرط الواقف مختلفا فيه بين الفقهاء المدرسيين ، ولم يكن لتحقق الشرط الفاسخ فى هذا العهد المدرسى أثر رجعى . وإنما جعل لتحقيق الشرط أثر رجعى فى جميع الصور فى عهد جوستينيان (جيرار الطبعة الثامنة ص ٥٠٨ د — شوس Chausse فى مقاله فى الأثر الرجعى للتصرفات فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص ٥٢٩ — ص ٥٤٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٦ — ص ٣٨٧) .

(٢) انظر فى هذه المسألة : رسالة فلدرمان Felderman باريس سنة ١٩٣٥ — مرلان Merlin فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٨ ص ٢٧١ وما بعدها — تقرير هوان Houin وكزافييه جان Xavier Janne فى مجموعة أعمال جمعية هنرى كابيتان ٣ ص ٢٤٢ وما بعدها .

النتائج التي تترتب على تحقق الشرط ، ومن ثم لا يجوز التوسع في إعمال هذا الأثر الرجعي ، بل يجب قصره على الأحوال التي قصد المشرع صراحة أو ضمناً أن يكون لتحقق الشرط فيها هذا الأثر(١) . ولكن هذا الرأي لا يحل الإشكال ، إذ يبقى أن نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض الوهمي في النتائج التي رتبها على تحقق الشرط .

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقق الشرط ليس إلا تعبيراً ملائماً للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه إلا تثبيت حق كان موجوداً من قبل ، وهذا التثبيت (confirmation) هو كل المقصود بالأثر الرجعي . وعلى هذا المعنى لا يكون الأثر الرجعي افتراضاً وهمياً من جانب المشرع ، بل هو استجابة لحقيقة واقعة ، فالحق المعلق على شرط موجود منذ وجود الاتفاق ، وما تحقق الشرط بمنشيء له بل هو تثبيت لوجوده (٢) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ . ويؤخذ عليه ، حتى في تفسيره للشرط الواقف ، أنه يفرض أن الحق المعلق على شرط واقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط إنما يقتصر على تثبيته ، وهذا التفسير مصادرة على المطلوب ، فان وجود الحق منذ البداية لم نقل به إلا لأن للشرط أثراً رجعياً ، فلا يجوز أن يفسر هو نفسه هذا الأثر الرجعي(٣) .

ويذهب كولان وكابيتان إلى أن الأثر الرجعي للشرط ليس إلا تطبيقاً للمبدأ القاضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه (nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipso habet) . فصاحب الحق المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق إلا تحت الشرط الواقف

---

(١) أوبري ورو وبارتان ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٦ هامش رقم ٦٠ مكرر ثالثا — بودري وبارد ٢ فقرة ٨٠٩ — بلانيول وريبير وبونجيه ٢ فقرة ١٣٦٦ .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٧ — لارومبيير ٢ م ١١٧٩ فقرة ٩ — ماركاديه ٤ م ١١٧٩ فقرة ٥٥٨ .

(٣) ويذهب إهرنج إلى أن القانون الروماني كان يقول بالأثر الرجعي ، ويفسر ذلك باعتبارات عملية ، ولأن الحق قد وجدت بذرته منذ البداية كالجنين ، وإن كان المنطق يقضي بألا يكون هناك أثر رجعي ، وأنه يجب التربص حتى يولد الحق (إهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٧) .

أو الشرط الفاسخ ، وإلا أعطى أكثر مما يملك(١) . ولكن هذا التفسير لايكفى لتأسيس الأثر الرجعى ، فاذا كان المالك تحت شرط فاسخ لايستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك ، فان هذا لايمنعه من أن ينقل مايملك . وهو يملك حقاً معلقاً على شرط فاسخ ، فيستطيع أن ينقله ، حتى إذا ماتحقق الشرط لم ينتج أثره إلا من وقت تحققه لا منذ البداية . فالمبدأ القاضى بأن فاقد الشىء لا يعطيه لايقتضى حتما الأخذ بمبدأ الأثر الرجعى لتحقق الشرط(٢) .

وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث إلى إنكار الأثر الرجعى للشرط ، إذ يرونه مجافياً للواقع ، ومعطلا لحرية تصرف المالك فى ملكه ، وضاراً بالغير إذ يبقى على الدوام مهدداً بهذا الأثر الرجعى ، وبذلك تتعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق(٣) . وقد عمدت بعض التقنينات الحديثة فعلا إلى إنكار أن

---

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٨ — ولكنهما يقولان أيضاً أنه يجب عدم اعتبار الأثر الرجعى مبدأ عاماً ، بل الأصل هو أن الأثر لا يترتب إلا عند تحقق الشرط ، مع استثناء بعض حالات يكون فيها الأثر الرجعى تفسيراً قوياً لفكرة تثبيت الحق الموجود من قبل (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩) . والفقيهان يقلبان الوضع بذلك،فإن الأصل هو الأثر الرجعى والعكس هو الاستثناء .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٩ — ص ٣٩٠ .

(٣) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٠ و ٢ فقرة ١٣٧٣ . ويقول بيدان ولاجارد (٨ ص٥٤١ هامش رقم ١) أنه منذ آخر القرن التاسع عشر أخذ بعض رجال الفقه الحديث ينتقدون فكرة الأثر الرجعى لتحقق الشرط ، وبخاصة رجال الفقه الرومانى تحت تأثير ونشايد (Winscheid) ، إذ ذهبوا إلى أن الأثر الرجعى فى نظرية الشرط تزيد يعيق الباحث (جيرار الطبعة الثامنة ص ٥٠٧ — ٥٠٨) .

وجاء فى الموجز للمؤلف عن المذهب المنكر للأثر الرجعى ما يأتى : « وهناك مذهب حديث ينكر أن يكون للشرط أثر رجعى ، ويرى أن إسناد أثر الشرط لتاريخ سابق على تحققه أو تخلفه أمر مخالف لطبيعة الأشياء ، وأن الطبيعى هو أن ينتج تحقق الشرط أو تخلفه ما يترتب عليه من الأثر من الوقت الذى وقع فيه هذا التحقق أو هذا التخلف لا قبل ذلك ، لأن تحقق الشرط أو تخلفه هو العلة لهذا الأثر والمعلول لا يسبق العلة . ويدعم المذهب هذه الحجة المنطقية باعتبارات تاريخية وعملية . فن الناحية التاريخية يستند إلى أن القانون الرومانى لم يقرر مبدأ الأثر الرجعى للشرط كقاعدة عامة ، بل أن هناك نصوصاً وردت فى هذا القانون تتناقض مع الأثر الرجعى . ولم يخرج فقهاء القانون الفرنسى القديم عن تقاليد القانون الرومانى فى هذا الصدد ، ولم يأت بوتييه إلا (بحالتين) يفسرهما بالأثر الرجعى . وقد نقل قانون نابليون نظرية الأثر الرجعى للشرط عن بوتييه ، فلم يرد أن يخرج بها عن صورها التقليدية الضيقة . أما من الناحية العملية فإن نظرية الأثر الرجعى ليست ضرورية بالنسبة لبعض النتائج ، وليست صحيحة بالنسبة =

يكون لتحقق الشرط أثر رجعي ، كما فعل التقنين الألماني وتقنين الالتزامات

= لبعض النتائج الأخرى . فهي ليست ضرورية بالنسبة للنتائج التي سبق إيرادها كتطبيق لها ، ويمكن تفسير هذه النتائج بغير نظرية الأثر الرجعي : (١) فالحق المعلق على شرط موقف ينتقل إلى الورثة لأن له وجوداً احتمالياً كما قدمنا ، فينتقل بحالته هذه من المورث إلى الوارث ، ولا حاجة في تفسير هذا الحكم إلى القول بالأثر الرجعي . (٢) والرهن الذي يضمن حقاً معلقاً على شرط موقف يعتبر تاريخه من وقت الاتفاق على الرهن لا من وقت تحقق الشرط ، لأن الحق كان له وجود احتمالي وقت الاتفاق على الرهن ، وإذا كان الرهن جائزاً لضمان الأشياء المستقبلة فأولى أن يجوز لضمان الأشياء الموجودة ولو كان وجودها احتمالياً . (٣) وتصرف الدائن في حق معلق على شرط موقف تصرف في شيء موجود ولو وجوداً احتمالياً . أما تصرفه في حق معلق على شرط فاسخ ، وزوال هذا التصرف بتحقق الشرط ، فيرجع إلى أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك ، والدائن وقت تصرفه في الحق المعلق على شرط فاسخ كان يتصرف في حق قابل للزوال ، فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير إلا حقاً قابلا للزوال . (٤) وإذا أدى المدين حقاً معلقاً على شرط موقف ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفع بعد تحقق الشرط ، لأن الحق قد وجد في ذمته وجوداً مؤكداً بتحقق الشرط قبل أن يطالب بالاسترداد ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطالب باسترداد ما دفعه وفاء لحق مؤكد في ذمته . أما إذا أدى حقاً معلقاً على شرط فاسخ ثم تحقق الشرط ، فله أن يسترد ما دفعه لأنه عند ما استرد لم يكن هناك حق مترتب في ذمته يمنع من الاسترداد . ونظرية الأثر الرجعي ليست صحيحة بالنسبة للنتائج الآتية : (١) إذا كان الحق المعلق على شرط موقف متعلقاً بعين ، وهلكت العين قبل تحقق الشرط ، فإنها تهلك على المدين حتى لو تحقق الشرط بعد الهلاك . وقد تقدم ذكر هذا الحكم . وهو حكم يتناقض مع نظرية الأثر الرجعي ، إذ لو كان لتحقق الشرط أثر رجعي في هذا الفرض . لاعتبرت العين مملوكة للدائن من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط ولكانت وقت الهلاك ملك الدائن ، فكانت تهلك عليه لا على المدين . (٢) إذا طهر الحائز لعقار مرهون العقار من الرهن ، وكان يملكه بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحققه أثر رجعي بالنسبة لتطهير العقار ، ويبقى العقار مطهراً من الرهن . (٣) إذا أخذ الشفيع عقاراً بالشفعة ، وكان يملك العقار المشفوع به بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحققه أثر رجعي بالنسبة للشفعة ، ويبقى الشفيع مالكاً للعقار المشفوع فيه . (٤) إذا كان الحق معلقاً على شرط موقف ، فلا يسري التقادم بالنسبة له إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا يكون لتحقق الشرط أثر رجعي في هذه الحالة . (٥) إذا قام الدائن بعمل من أعمال الإدارة في الحق المعلق على شرط فاسخ ، كأن آجر المشتري وفاء العين لا عن غش ولمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحققه أثر رجعي بالنسبة للإيجار ، بل يبقى الإيجار سارياً في حق البائع وفاء إذا استرد العين المبيعة. (٦) . . . فيتبين من ذلك أن الفروض التي لا تطبق فيها نظرية الأثر الرجعي لا تقل عن الفروض التي تطبق فيها هذه النظرية ، وإن هذه الفروض الأخيرة يمكن تفسيرها بغير نظرية الأثر الرجعي. فلا حاجة لنا إذن بنظرية غير ضرورية في بعض التطبيقات وغير صحيحة في البعض الآخر » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٠) .

السويسرى(١) . ولم يستبق الأثر الرجعى إلا التقنينات اللاتينية . وقد سار على نهجها التقنين المصرى ، القديم(٢) والجديد .

والصحيح فى نظرنا أن فكرة الأثر الرجعى لتحقق الشرط تستجيب فى أكثر الأحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين . ذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أولا يتحقق ، ولو أنهما كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقداً بسيطاً منجزاً(٣) . فيمكن إذن فى كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما على أنهما إنما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط .

ومن أجل ذلك لم يجعل المشرع مبدأ الأثر الرجعى من النظام العام فلا تجوز مخالفته ، بل جعل للمتعاقدين الحق فى أن يفصحا عن نيتهما ، فان كانا لا يريدان أن يجعلا للشرط أثراً رجعياً فليس عليهما إلا أن يبينا ما أرادا . وعند ذلك لا يكون لتحقق الشرط أثر رجعى ، لأن النية الحقيقية للمتعاقدين قد تعارضت مع النية المحتملة ، ولاشك فى أن الأولى تنسخ الثانية . وليس على المتعاقدين

---

(١) انظر المواد ١٥٨ و ١٦٩ و ١٦١ من التقنين المدنى الألمانى . وهذه النصوص تقضى بأن الشرط ، واقفاً كان أو فاسخاً ، ليس لتحققه أثر رجعى ، إلا إذا اتفق الطرفان على أن يكون لتحققه هذا الأثر فى العلاقة فيما بينهما . والحقوق العينية التى تصدر ، أثناء تعلق الشرط ، من ناقل الملكية تحت شرط واقف أو من متلقيها تحت شرط فاسخ ، تسقط بتحقق الشرط ، ولكن هذا لا يعنى إطلاقاً أن لتحقق الشرط أثراً رجعياً ، فإن هذه الحقوق إنما تسقط من وقت تحقق الشرط ، فلا يزيد أثر تحقق الشرط هنا عن أثر حلول الأجل الفاسخ (بودرى وبارد ٢ ص ٤١ - ص ٤٢) .

وانظر المادتين ١٧١ و ١٧٤ فقرة ثانية من تقنين الالتزامات السويسرى وهما تنفيان الأثر الرجعى لتحقق الشرط إلا إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ - ٢ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ - ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(٣) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى : « وأنصار هذا المذهب يدافعون عنه بأنه يترجم بأمانة عن النية الحقيقية للمتعاقدين ، فإن هذين لو علما وقت الاتفاق هل يتحقق الشرط أو يتخلف لبنيا تعاقدهما على هذا الحساب منذ الاتفاق . فإذا كانا قد جهلا الغيب ، ولم يعلما بتحقق الشرط أو بتخلفه وقت الاتفاق ، فليس هذا الجهل الاضطرارى بمانع من أنهما يريدان إرجاع أثر الشرط إلى وقت الاتفاق ، وقد كان يفعلان ذلك لو أنهما استطاعا أن يتبينا مآل الشرط منذ ذلك الوقت » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٧ وهامش رقم ١)

ضير من الأثر الرجعي ماداما يقصدان هذا الأثر ، ولا على الغير ضير من ذلك أيضاً مادامت قواعد الشهر تحمى الغير من المفاجآت(١) . ويستطيع المشرع أن يفرض أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأثر الرجعي إلا إذا ظهر العكس ، كما فعل التقنينان الفرنسي والمصرى . كما يستطيع أن يفرض أنهما أرادا الأثر الفورى إلا إذا ظهر العكس ، كما فعل التقنينان الألمانى والسويسرى . والفروق العملية مابين الطريقتين فروق محدودة ، فكل طريقة تقرر أصلا ثم تستثنى منه ، وتكادان تتفقان على حدود الأصل والاستثناء . ولكن الأفضل التمشى مع النية المحتملة للمتعاقدين ، وجعل الأصل هو الأثر الرجعي لتحقق الشرط . لذلك نرى أن التقنين المدنى الجديد لم يخطىء فى استبقائه لمبدأ الأثر الرجعي على غرار التقنينات اللاتينية ، مع تقييد هذا الأصل باستثناءات تقتضيها حاجات التعامل(٢). وهذا ماننتقل الآن إلى بيانه .

---

(١) أنظر بيدان ولاجارو ٨ فقرة ٧٤١ — جوسران ٢ فقرة ٤٧٢ — فقرة ٧٤٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (Condition) جان دى جارو دى ميشينى (Jean de Garreau de la Méchenie) فقرة ٥٥ — وانظر المادة ١١٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى — وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ ص ٤٥٠ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٨٩ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ — ص ٢٠) فى هذا الصدد ما يأتى : « ولم يحد المشروع فى هذا الشأن عما جرت عليه التقاليد اللاتينية ، بل جعل الأصل فى أثر الشرط أن يستند أو ينعطف إلى الماضى فيما عدا استثناءات معينة . فالقاعدة العامة هى انسحاب أثر تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ إلى وقت التعاقد . والواقع أن هذا الحكم ليس إلا تفسيراً معقولا لإرادة المتعاقدين ، فلو أنهما كانا من مبدأ الأمر على يقين من تحقق الشرط ، لردا أثره إلى وقت انعقاد العقد . ويتفرع على فكرة استناد أثر الشرط أن الدائن بالتزام معلق على شرط موقف يترتب حقه لا من وقت تحقق الشرط فحسب ، بل من تاريخ انعقاد العقد . وكذلك الشأن فى حق الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ ، فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط ، لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد . وإذا كان التقنين الألمانى والتقنين السويسرى قد أعرضا عن فكرة استناد أثر الشرط وشايعتهما فى ذلك تقنينات [illegible] المحقق أن هذه التقنينات جميعاً لم تمض فى هذا السبيل إلى القصى من غاياته . فهى تخفف من آثار عدم الاستناد إلى حد بعيد بمقتضى طائفة من التصرف الخاصة (أنظر المواد ١٥٩ — ١٦١ من التقنين الألمانى) . والحق أن شقة الخلاف بين المذهب اللاتينى والمذهب الجرمانى ، فيما يتعلق بأثر الشرط ، ليست من السعة كما قد يحسب البعض . فالأحكام العملية أو التطبيقية تكاد تتماثل فى ظل كل من هذين المذهبين ، والواقع أن الخلاف بينهما لايعدو =

٤٣ — ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعى لتحقق الشرط :

ونشير إلى بعض من النتائج الهامة التى تترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط فيما يأتى :

(١) التصرفات التى تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح، عند تحقق الشرط، نافذة منذ البداية(١). فلو أن مالكاً لعين تحت شرط واقف باع هذه العين أو رهنها، ثم تحقق الشرط الواقف، فانه يتحقق بأثر رجعى لا بالنسبة إلى المالك تحت شرط واقف وحده، بل أيضاً بالنسبة إلى المشترى منه أو المرتهن. فيعتبر المالك تحت شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكا للعين منذ البداية(٢)، ويترتب على ذلك أنه يعتبر مالكا للعين وقت أن باعها للغير أو رهنها. ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشترى أو ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن لا من وقت تحقق الشرط الواقف، بل من وقت التعاقد مع المالك(٣). وعكس ذلك هو

= أن يكون خلافاً فى التصوير لا أكثر. فالمذهب اللاتينى يجعل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ويجيز مع ذلك الاتفاق على عكسها، بينما يجعل المذهب الجرمانى من عدم استناد هذا الأثر قاعدة عامة مع إباحة الخروج عليها ».

(١) استئناف أهلى أول ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٢٦ — بنى سويف ١٣ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ٣٥.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ما تضمنته قائمة مزاد استبدال الأطيان الموقوفة من أن من رسو عليه المزاد لا يستحق فى الريع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال، وأنه إلى أن يتم ذلك لا مسئولية على وزارة الأوقاف فى شىء يتعلق بالعقار الذى يكون فى هذه الحالة تحت يدها ولها حق تأجيره واستغلال ريعه، وأن الراسى عليه المزاد ملزم باحترام عقود التأجير الصادرة منها ولو كان ذلك قبل تاريخ توقيع الصيغة الشرعية بيوم واحد، ما تضمنته القائمة من ذلك لا يسوغ القول باعتبار هذا البيع معلقاً على شرط فاسخ، وذلك لأن إجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية، ثم توقيع صيغته منها، ليست شرطاً فاسخاً وإنما هى شرط واقف، ولو أن النتيجة بالنسبة إلى موضوع النزاع لا تختلف بتخلف الشرط إن اعتبر فاسخاً أو بتحققه إن كان واقفاً، فإنه فى كلتا الحالتين يكون البيع نافذاً من وقت رسو المزاد لا من وقت توقيع الصيغة الشرعية (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤).

(٣) وإذا باع شخص داراً تحت شرط واقف هو أن يرحل لسكنى مدينة أخرى، ثم باع نفس الدار بعد ذلك بيعاً منجزاً إلى شخص آخر، ثم تحقق الشرط ورحل لسكنى المدينة الأخرى، فقد اختلف الفقهاء فى فرنسا فى مصير البيع الثانى بعد أن تحقق الشرط الواقف وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعى فأصبح غير مالك عند صدور للبيع الثانى منه. وقد ذهب أوبرى ورو إلى =

الذى يترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ . فلو أن مالكاً تحت شرط فاسخ تصرف فى العين ببيع أو برهن ، ثم تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى فاعتبر أنه لم يكن مالكاً منذ البداية . فان البيع الذى صدر منه أو الرهن يكون قد صدر من غير مالك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشترى ، ولا ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن . ويلاحظ أن هذا الحكم الأخير ، فى حالة المنقول ، يخفف من حدته قاعدة أخرى هى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية. فلو كان المبيع أو المرهون منقولا ، وكان البائع أو الراهن مالكاً تحت شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط بأثر رجعى ، فزالت عن المالك الملكية منذ البداية ، فان المشترى أو الدائن المرتهن ، وإن اعتبر أنه تعامل مع غير مالك فلا ينتقل إليه الحق بالعقد ، ينتفع من جهة أخرى بقاعدة الحيازة فى المنقول ، فينتقل إليه الحق بالحيازة .

(٢) إذا باع شخص عقاراً تحت شرط واقف ، فأصبح هو نفسه مالكاً تحت شرط فاسخ ، ثم نزع دائن مرتهن للبائع ملكية العقار ، وتحقق الشرط بعد ذلك ، فان الأثر الرجعى لتحققه يجعل المشترى مالكاً منذ البيع لا منذ تحقق الشرط ، فان كان الدائن المرتهن الذى نزع الملكية لم يقيد حقه إلا بعد تسجيل البيع ، فان نزع الملكية لا ينفذ فى حق المشترى . أما إذا كان الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع ، فانه يكون نافذاً فى حق المشترى ، فينفذ فى حقه أيضاً نزع الملكية (١) .

= أن الشرط إرادى، فلا يجوز أن يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى المشترى الثانى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٩ وهامش رقم ٦٦ — انظر أيضاً : توليه ٦ فقرة ٥٤٦ — ترولونج فى الرهون الرسمية ٢ فقرة ٤٧٤) . ولكن بودرى وبارد يذهبان إلى أن الشرط هنا ليس شرطاً إرادياً محضاً ، إذ هو خاضع لظروف وملابسات لا سيطرة للملتزم عليها ، فالشرط صحيح ، وإذا تحقق كان لتحققه أثر رجعى حتى بالنسبة إلى الغير ، فيعتبر المشترى الثانى قد اشترى من غير مالك ، وتكون ملكية الدار للمشترى الأول (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٥ — وانظر أيضاً : لارومبيير ٢ م ١١٧٩ فقرة ١٠ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٨٦ — فقرة ٣٨٧ — لوران ١٧ فقرة ٨٦ — هيك ٧ فقرة ٢٥٦) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٩ — فإذا فرض أن العقار المبيع تحت شرط واقف كان مثقلا برهن صادر من البائع للبائع تحت شرط واقف ، فإن البائع تحت شرط واقف — وهو مالك فى الوقت ذاته تحت شرط فاسخ — يعتبر بالنسبة إلى الرهن حائزاً للعقار المرهون . فإذا =

وإذا كان بيع العقار معلقاً على شرط فاسخ ، ونزع ملكية العقار دائن مرتهن للمشترى تحت شرط فاسخ ، وتحقق الشرط ، فان نزع الملكية لا ينفذ فى حق البائع الذى استعاد ملكيته بأثر رجعى بمجرد تحقق الشرط ، فلا ينفذ فى حقه الرهن الذى رتبه المشترى ، ومن ثم لا ينفذ فى حقه نزع الملكية (١) .

(٣) إذا كان المدين تحت شرط واقف قد اعتقد خطأ أن الشرط قد تحقق فوفى بالدين ، فقد قدمنا أن له أن يسترده وفقاً للقواعد العامة فى دفع غير المستحق . ولكن جواز الاسترداد مقصور على المرحلة التى يكون فيها الشرط معلقاً ، فاذا ما تحقق الشرط فانه يتحقق بأثر رجعى ، ويتبين أن المدين وقت أن دفع كان مديناً فعلا . فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه(٢) .

وعكس ذلك هو الذى يترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ . فلو أن المدين أدى للدائن تحت شرط فاسخ حقه ، فانه يكون مؤدياً ديناً مستحق عليه فلا يستطيع أن يسترده ما دام الشرط معلقاً . فاذا ما تحقق الشرط زال حق الدائن بأثر رجعى ، وكان للمدين أن يسترد مادفع ، إذ يتبين أنه وقت أن دفع لم يكن مديناً فيكون قد دفع غير المستحق .

(٤) إذا ارتهن دائن تحت شرط واقف عقاراً ضماناً لدينه ، وقيد الرهن قبل تحقق الشرط ، فان مرتبة الرهن تكون من يوم قيده لا من يوم تحقق الشرط .

= طهره من الرهن ، ولم ينته التطهير إلى نزع الملكية ، ثم تحقق الشرط ، فأصبح المشترى تحت شرط واقف مالكاً للعقار منذ البداية ، فانه يأخذه مطهراً من الرهن ، ولا تزول إجراءات التطهير بتحقق الشرط . أما إذا انتهى التطهير إلى نزع الملكية ، فإن نزع الملكية يكون نافذاً فى حق المشترى تحت شرط واقف عند تحقق الشرط ، لأن الرهن كان نافذاً فى حقه (لارومبيير ٢ م ١١٨١ فقرة ٧ — لوران ١٧ فقرة ٩٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٩ ص ١٦ هامش رقم ٢) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٠ — أما إذا وجد على العقار رهن صادر من البائع ، فإن نزع الملكية ولو تم بناء على طلب دائن مرتهن للمشترى ، يكون نافذاً فى حق البائع وفاء للرهن الصادر منه هو (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٠) .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٧١ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٢ .

إذ يعتبر الدين موجوداً وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعي لتحقق الشرط (١).

(٥) يعتبر عقد التأمين على الحيـاة عادة معلقاً على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين ، فاذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعي . واعتبر عقد التأمين نافذاً من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط . فلوأن شخصاً أمن على حياته ، ثم مات قبل حلول القسط الأول ، ودفع هذا القسط من تركته ، فان عقد التأمين يعتبر نافذاً قبـل وفاة المؤمن على حياته ، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقاً .

(٦) للدائن تحت شرط واقف ، إذا تحقق الشرط ، أن يطعن بالدعوى البولصية فى تصرفات مدينه ، حتى ما كان منها سابقاً على تحقق الشرط ، فان حقه يعتبر، بفضل الأثر الرجعى ، موجوداً منذ الاتفاق عليـه لا منذ تحقق الشرط، ومن ثم يعتبر سابقاً على تصرف المدين(٢) .

(٧) إذا كسب شخص حقاً معلقاً على شرط واقف ، فى ظل تشريع معين ، وقبل تحقق الشرط صدر تشريع جديد من شأنه أن يؤثر فى هذا الحق، ثم تحقق الشرط ، فان التشريع الذى يسرى هو التشريع القديم لا التشريع الجديد ، إذ يعتبر الحق، بفضل الأثر الرجعى ، موجوداً منذ البداية أى منذ أن كان التشريع القديم ساريا(٣).

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٧٠ — وجاء فى الموجز للمؤلف : « فلو أن مديناً رتب على عقاره رهناً يضمن التزاماً فى ذمته معلقاً على شرط واقف ، وقبل تحقق الشرط رتب على نفس العقار رهناً آخر يضمن التزاماً فى ذمته منجزاً ، ثم تحقق الشرط ، فإن الالتزام الذى كان معلقاً على هذا الشرط يعتبر موجوداً من وقت الاتفاق عليه لا من وقت تحقق الشرط ، ويكون الرهن الضامن لهذا الالتزام سابقاً فى التاريخ للرهن الضامن للالتزام المنجز » (الموجز فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٨) .

ويقول بودرى وبارد فى هذه المسألة أن هذا لايدل على أثر رجعى ، فالدين الاحتمالى إذا أخذ به رهن وقيد الرهن ، كانت مرتبته من وقت القيد لا من وقت وجود الدين ، مع أنه لا محل فى هذه الحالة للقول بالأثر الرجعى (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٤) .

وتنص المادة ١٠٥٧ مدنى على أن « تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلا أو احتمالياً » .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٣ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ .

٤٤ — الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

هذه الاستثناءات ذكرتها النصوص صراحة ، وهي أربعة(١) :

(١) فقد قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ مدني تقضي بأن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ . وكان مقتضى الأثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ أن تسقط هذه الأعمال ، ولكنها تبقى نافذة بالرغم من تحقق الشرط ما دامت قد تمت بحسن نية في الحدود المألوفة للادارة ، وقد تقدم بيان ذلك(٢) . ومن أعمال الإدارة كما رأينا ، الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار(٣)، وبيعها ، وقيد الرهن ، وتجديد القيد ، وقسمة العين الشائعة ، وتطهير العقار المرهون(٤).

(٢) ثم أن المادة ٢٧٠ مدني أوردت ، كما رأينا ، ثلاثة استثناءات أخرى من مبدأ الأثر الرجعي لتحقق الشرط : (ا) إذا تبين من إرادة المتعاقدين

---

(١) ويلاحظ أن منطقة الأثر الرجعي للشرط ، بل منطقة الشرط نفسه ، محصورة في الشرط وهو ينشأ من إرادة المتعاقدين ، فقد قدمنا أن الشرط لا مصدر له إلا الإرادة . أما حيث يقرر القانون شرطا يعلق عليه حكماً من الأحكام ، فذلك لايعتبر شرطا كما رأينا ، وليس لتحققه أثر رجعي ، فإن الحكم المشروط لايوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٦٥) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٠ .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٤٠٠ وما بعدها — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٤ — انظر عكس ذلك : توليه ٦ فقرة ٥٦٣ — لوران ١٧ فقرة ٥٨ — كذلك إذا دفع المالك تحت شرط فاسخ التأمين ، ثم تحقق الشرط وزالت ملكيته بأثر رجعي ، فلا يسترد الأقساط التي دفعها ، لأن دفع أقساط التأمين يعتبر من أعمال الإدارة (بيدان ولاجارد ٨ ص ٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٤) وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ له حق الأخذ بالشفعة ، فإذا أخذ عقاراً بالشفعة ، ثم تحقق الشرط الفاسخ فزالت ملكيته عن العقار المشفوع به ، فإن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط لايؤثر في ملكيته للعقار المشفوع فيه ، بل يستبقي هذا العقار . ولا يرجع ذلك إلى أن الأخذ بالشفعة يعتبر من أعمال الإدارة ، بل إلى اعتبارات عملية تتعلق بوجوب استقرار التعامل . ومما يخل بهذا الاستقرار أن يجبر الشفيع ، بعد الأخذ بالشفعة ، أن يرد العقار المشفوع فيه إلى المشترى ، أو أن يباح له هذا الرد .

أنهما استبعدا الأثر الرجعي . (ب) إذا كانت طبيعة العقد تستعصي على الأثر الرجعي . (جـ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط.

أما أن إرادة المتعاقدين قد تستبعد الأثر الرجعي ، فهذا هو الذى يتفق مع الأساس الصحيح الذى يقوم عليه الأثر الرجعي فيما قدمناه . فقد أسلفنا أن الأثر الرجعي إنما يقوم على نية المتعاقدين المحتملة ، فاذا تعارضت هذه النية مع النية الحقيقية ، فلا شك فى أن النية الحقيقية هى التى يعمل بها . ومن ثم يكون للمتعاقدين أن يستبعدا ، صراحة أو ضمنا ، كل أثر رجعي للشرط . على أنه يجب التشدد فى استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين فى استبعاد الأثر الرجعي ، فان القانون صرف نيتهما المحتملة إلى استبقاء هذا الأثر ، ولا بد من قيام دليل واضح على أنهما قصدا العكس(١) .

(٣) وأما مايرجع إلى طبيعة العقد فأهم تطبيق لذلك هو العقد الزمنى . ففى عقد الإيجار أو عقد العمل أو عقد التوريد إذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ ، وبقى منفذاً مدة من الزمن ثم تحقق الشرط ، فان طبيعة الأشياء هنا تستعصي على الأثر الرجعي ، إذ لا يمكن الرجوع فى الزمن ، وما تم من العقد يبقى ، ولا يفسخ العقد إلا عن المستقبل(٢) .

(٤) وأما ما يرجع إلى صيرورة تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط ، فنميز بين ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً . فان كان واقفاً ، كما لو كان المالك لعين معينة قد باعها تحت شرط واقف وهلكت العين

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٤ .

(٢) انظر فى العقد الزمنى الوسيط جزء أول فقرة ٦٥ — فقرة ٦٦ — وانظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٧ . ومما تستعصي طبيعته على الأثر الرجعي أن يتعاقد شخص مع آخر على أنه إذا باشر الأول عملا معيناً استخدم فيه الثانى ، ويباشر الواعد هذا العمل المعين . فيستخدم الموعود له ، ولكن منذ القيام بالعمل ، لأن طبيعة التعاقد تستعصي على الأثر الرجعي . كذلك إذا وقف الدائن إجراءات التنفيذ تحت شرط فاسخ هو تأخر المدين فى دفع أحد أقساط الدين ، فإن تحقق الشرط الفاسخ ، وتأخر المدين فى دفع قسط ، لا يكون له أثر رجعي بالنسبة إلى الزمن الذى وقفت فيه إجراءات التنفيذ . فإن الزمن هنا ، كما فى العقد الزمنى ، إذا مضى لايعود (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١) . والالتزام المعلق على شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم إلا منذ تحقق الشرط ، خلافاً لمبدأ الأثر الرجعي ، ومطاوعة لطبائع الأشياء .

فى يده لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط ، فيستوى هنا أن يكون للشرط أثر رجعى أو لا يكون . ذلك أنه إذا جعل له أثر رجعى ، وتبين أن العين قد هلكت وهى فى ملك المشترى ولكن قبل أن يتسلمها ، فان تبعة الهلاك تكون على البائع فى القانون المصرى ، كما لو لم يكن للشرط أثر رجعى(١) . أما فى القانون الفرنسى فالأمر يختلف ، لأن تبعة الهلاك قبل التسليم فى هذا القانون على المشترى ، فلا يكون للشرط أثر رجعى حتى لا تنتقل الملكية إلى المشترى ، فيبقى الهلاك على البائع(٢). أما إذا كان الشرط فاسخاً ، كما لو كان المشترى تحت شرط فاسخ تسلم العين المبيعة وهلكت فى يده لسبب أجنبي ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ، فان مقتضى الأثر الرجعى أن العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فتهلك عليه ، ولكن النص صريح فى وجوب استبعاد الأثر الرجعى فى هذه الحالة ، وتهلك العين على المشترى لا على البائع .

---

(١) وإذا فرض ، خلافا للمألوف ، أن البائع سلم المبيع للمشترى قبل تحقق الشرط ، وهلك المبيع فى يد المشترى ، ثم تحقق الشرط ، فهنا يختلف الحكم : لو كان البيع منجزاً لكان الهلاك على المشترى فى هذه الحالة لأنه تسلم المبيع ، أما وهو معلق على شرط واقف فالهلاك على البائع وفقاً لأحكام المادة ٢٧٠/٢ مدنى (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٠ . وقارب الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٦٦ هامش رقم ١) .

(٢) انظر فى تبعة الهلاك فيما إذا كان الشرط واقفاً فى القانون الفرنسى المادة ١١٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٤ — فقرة ٧٤٥ .

الفصل الثانى

الأجل*

(Le terme)

٤٥ — قيام الأجل والآثار التى تترتب عليه : نبحث فى الأجل ، كما بحثنا فى الشرط ، أمرين :

(أولا) قيام الأجل ، ونعنى بذلك كما عنينا فى الشرط : (١) مقومات الأجل (٢) نوعى الأجل الواقف والفاسخ (٣) المصدر المنشىء للأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل .

(ثانيا) مايترتب على الأجل بعد قيامه من الآثار .

وسنسير ، بقدر الإمكان ، فى الأجل على نفس الترتيب والسياق الذى سرنا عليه فى الشرط ، حتى نتبين الموافقات بينهما والمفارقات .

(*) مراجع : بنكاز (Bonnecase) ٢ فقرة ٦٢٠ وما بعدها — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩١ وما بعدها — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٤٠١ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٧٢٢ وما بعدها .

لاباتيه (Labatut) نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ — لاجرانج (Lagrange) أزمة العقد ومهمة القاضى (Le crise du contrat et le rôle du juge) رسالة من مونپلييه سنة ١٩٣٥ — دڤو (Deveau) نظرة الميسرة فى التقنين المدنى والتشريعات المعاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — بنزييه (Ponsier) نظرة الميسرة رسالة من مونپلييه سنة ١٩٣٧ — كاريه سيرات (Carré Serat) تأجيل الديون (moratoires) ونظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — رولان تكسييه (Roland Texier) نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لورانس (Lorans) نظرة الميسرة وتسوية الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — داترى (Datry) فى حلول الدين (L'échéance) رسالة من ليون سنة ١٩٤٥ .

الفرع الأول

قيام الأجل

المبحث الأول

مقومات الأجل

٤٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » .

« ٢ — ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه » .

وتنص المادة ٢٧٢ على ما يأتى :

« إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه »(١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٧١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٣ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢ — ص ٢٣ وص ٢٥ — ص ٢٦) .

م ٢٧٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٤ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦ و ص ٢٨) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٧١ — ٢٧٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٥٨ — ٢٥٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٩١ و ٢٩٧ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٠٠(١) .

ويستخلص من هذه النصوص أن الأجل الذى يقترن به الالتزام هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فمقومات

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢٧١ — ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ — ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٥٨ — ٢٥٩ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ — ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٩١ : يجوز أن يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضاؤه .

م ٢٩٧ (مطابقة للمادة ٢٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .

(وأحكام التقنين المدنى العراقى تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى فيما عرضت له هذه النصوص من المسائل : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ١٠٠ : إن الموجبات يمكن تقييدها بأجل . والأجل عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يقف استحقاق الموجب أو سقوطه ، ولا يكون له مفعول رجعى . وإذا كان الوقت الذى سيقع فيه ذلك العارض معروفا من قبل ، كان الموجب ذا أجل أكيد ، وإلا كان ذا أجل غير أكيد .

(وهذا النص يتفق فى الحكم مع المادة ٢٧١ من التقنين المدنى المصرى . ولا مقابل فى التقنين اللبنانى للمادة ٢٧٢ من التقنين المصرى . ولكن يوجد فى نصوص عقد القرض فى التقنين اللبنانى المادة ٧٦٣ وتنص على ما يأتى : « وإذا لم يعين أجل كان المقترض ملزماً بالرد عند أى طلب يأتيه من المقرض . وإذا اتفق الطرفان على أن المقترض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء وحين تتسنى له الوسائل ، فللمقرض عندئذ أن يطلب من القاضى تعيين موعد للايفاء » . ويمكن تعميم حكم هذه المادة على الالتزامات الأخرى الناشئة من غير عقد القرض ، إذ النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيكون حكم التقنين اللبنانى متفقاً مع حكم التقنين المصرى فى هذه المسألة) .

الأجل إذن ثلاثة : (١) فهو أمر مستقبل كالشرط (٢) وهو محقق الوقوع ، بخلاف الشرط فهو غير محقق الوقوع كما قدمنا (٣) وهو أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى عناصره الجوهرية ، وهو فى ذلك كالشرط لأنه وصف مثله .

وغنى عن البيان أن المقوم الرابع للشرط — وهو أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب — لا يرد فى الأجل . لأن الأجل ميعاد لا يتصور فيه إلا أن يكون مشروعاً .

§ ١ — أمر مستقبل

٤٧ — يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلا : الأجل كالشرط يجب أن يكون أمراً مستقبلا . وهو ، كما يدل عليه اسمه ، ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه . ويكون عادة تاريخاً معيناً يختار فى التقويم . فاذا تعهد المقترض للمقرض بوفاء القرض فى تاريخ معين ، أو تعهد المشترى للبائع أن يدفع الثمن على أقساط فى مواعيد معينة ، أو تعهد المقاول لرب العمل أن يتم العمل الموكول إليه فى وقت معين ، فكل من التزام المقترض بوفاء القرض والتزام المشترى بدفع الثمن والتزام المقاول بتسليم العمل مقترن بأجل أو بآجال يترتب على حلولها نفاذ الالتزام .

وقد ينشأ الالتزام منجزاً ، ثم يضاف إليه أجل بعد ذلك ، فينقلب موصوفاً ، ولكن يبقى الالتزام هو نفسه لم يتجدد(١) .

٤٨ — لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً : والأجل ، كالشرط أيضاً ، لا يجوز أن يكون أمراً ماضياً أو حاضراً ، وإلا فهو ليس بأجل . حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل أن الأجل الذى يضربانه للمستقبل هو أجل قد حل . فلو أن شخصاً ضرب أجلا لنفاذ التزامه

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧١ هامش رقم ١ .

قدوم أول قافلة من الحجيج . وكان يجهل أن القافلة قد قدمت فعلا قبل أن يلتزم ، أو هى آخذه فى القدوم وهو يلتزم : فان التزامه لايكون مقترناً بأجل، بل ينشأ منذ البداية التزاماً منجزاً واجب الأداء فى الحال . ولو عين الملتزم أجلا لتنفيذ التزامه موت شخص معين ، ويكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم : فان الالتزام ينشأ فى هذه الحالة منجزاً حالّ الأداء(١) .

§ ٢ — أمر محقق الوقوع

٤٩ — **يجب أن يكون الأجل محقق الوقوع** : تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى أن الأجل يجب أن يكون أمراً مستقبلا محقق الوقوع . وهذا واضح ، فالأجل يكون عادة ، كما قدمنا ، ميعاداً فى التقويم ، تاريخاً معيناً يقع فى يوم معين من شهر معين من سنة معينة . وهذا الميعاد لا بد واقع فى المألوف من الحياة ، وندع ما لا يدخل فى حساب الناس كأن تقع كارثة تبيد الأرض ومن عليها فلا يأتى ذلك اليوم الموعود .

وكون الأجل أمراً محقق الوقوع هو الفرق الجوهرى ما بين الأجل والشرط ، وهو الفرق الذى تتفرع عنه كل الفروق الأخرى . فقد رأينا أن الشرط أمر غير محقق الوقوع ، ومن ثم كان الحق المعلق على شرط حقاً ناقصاً غير مؤكد الوجود ، ومن ثم أيضاً كان للشرط أثر رجعى . أما الأجل فأمر محقق الوقوع . فالحق المقترن بأجل حق موجود كامل ، وليس للأجل أثر رجعى(٢) .

٥٠ — **يصح أن يكون ميعاد حلول الأجل مجهولا** : على أنه إذا كان ضرورياً أن يكون الأجل محقق الوقوع ، فليس من الضرورى أن يكون ميعاد وقوعه معلوماً . فقد يكون هذا الميعاد مجهولا ، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع ، فيكون أجلا لا شرطاً . وهذا ماتقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٧١

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦ .

مدنى فهى تقول : « ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه » . ويسمى الأجل فى هذه الحالة أجلا غير معين (terme incertain) بالمقابلة للأجل المعين (terme certain) الذى يعرف ميعاد حلوله .

والمثل المألوف للأجل غير المعين هو الموت : فهو أمر محقق الوقوع . ولكن لايدرى أحد متى يأتى ، ومن ثم كان أجلا غير معين . وعلى ذلك فالتزام شركة التأمين على الحياة أن تدفع مبلغ التأمين عند موت المؤمن على حياته التزام مقترن بأجل واقف غير معين هو الموت . وإذا التزم المقترض أن يرد مبلغ القرض عند موته ، فيؤخذ من تركته ، جاز ذلك ، وكان التزامه برد القرض مقترنا بأجل واقف غير معين هو الموت . ولا يعتبر هذا تعاملا فى تركة مستقبلة فان المقترض قد التزم فى الحال وفى ماله الحاضر ، وإنما ضرب أجلا لتنفيذ التزامه هو موته ، والموت كما قدمنا أجل غير معين(١) .

ويمكن تصور أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين . فهناك أمور محقق وقوعها فى المألوف من شؤون الحياة ، ولكن لايعلم موعد وقوعها . من ذلك رجوع الحجيج من بيت الله الحرام قافلين إلى بلادهم ، فهذا أمر معتاد وقوعه ، ولكن رجوع القوافل قافلة بعد أخرى أمر قد لا يعلم موعد وقوعه بالضبط . فلو التزم شخص ألى أجل هو موعد رجوع القافلة الأولى من الحجيج ، كان هذا التزاماً مقترناً بأجل غير معين . أما إذا التزم لأحد الحجاج وعلق التزامه على رجوع الدائن من الحج ، فهذا شرط لا أجل ، إذ أن رجوع حاج بالذات من الحج أمر غير محقق الوقوع ، فقد يموت فى الطريق .

كذلك إذا التزم أحد الموردين بتوريد الأغذية إلى مستشفى أو إلى مدرسة عند انتهاء بنائها . فهذا أيضاً التزام مقترن بأجل غير معين ، إذ أن الانتهاء من البناء أمر محقق الوقوع فى المعتاد من شؤون الحياة ، ولكن موعده غير معلوم على وجه التحقيق .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ ص ١٤٧ هامش رقم ١ . ومما يقطع فى أن المقترض لم يتعامل فى تركته المستقبلة أنه إذا أفلس أو أعسر أو أضعف التأمينات ، فسقط الأجل ، حل الدين ، وزاحم المقرض باقى الدائنين فى مال المقترض الموجود وقت سقوط الأجل .

والتزام الطالب أن يدفع المصروفات المدرسية عند افتتاح الدراسة قد يكون التزاماً مقترنا بأجل غير معين ، إذا كان موعد افتتاح الدراسة وقت الالتزام لم يحدد . وكذلك الحال فى التزامه أن يدفع رسوم الامتحان عند حلول ميعاده ، إذا كان ميعاد الامتحان لم يحدد وقت الالتزام (١) .

والتزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة (م٢٧٢ مدنى) ينطوى على ضرب من الأجل الواقف ، وهو أيضاً أجل غير معين ، وسنعود إلى هذه المسألة بالتفصيل فيما يلى .

---

(١) وقد يكون الأجل غير المعين موكولا تعيينه إلى إرادة الدائن ، كما إذا اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر أو بسنة مثلا . فالأجل هنا غير معين ، ولا يتعين إلا بإخطار الدائن المدين وانقضاء المدة المحددة بعد الإخطار . ولكن التقادم يسرى ضد هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن ، وإلا كان غير قابل للتقادم (انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥) . وكذلك الحال فى السندات الواجبة الدفع عند التقديم (à vue) (قارن بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٦) . وإذا كان نظام الشركة لم يحدد مواعيد لتغطية الأوراق غير المغطاة وترك ذلك لعناية مديرى الشركة ، فأن ذلك ليس من شأنه أن يجعل الدين ديناً مستحق الوفاء عند التقديم (à vue) ، بل أن الالتزام هنا مضاف إلى أجل معين أو غير معين ، تبعاً لما إذا كان نظام الشركة قد عين مقدماً ميعاد التغطية أو لم يعين ، ولا يحل الأجل إلا عند الدعوة إلى التغطية (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٢) . والالتزام برصيد الحساب الجارى هو التزام مقترن بأجل غير معين ، إذ أن الرصيد يحل أجله متى أبدى الدائن للرصيد رغبته فى اقفال الحساب وقبض الرصيد (استئناف مختلط ١٨ نوفبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢) ، ويحل على كل حال بموت أحد الطرفين (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٦ — ١٦ إبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) . وللمصرف فى أى وقت أن يقطع حساب عميله ولا يكون ملزماً بالاستمرار فى الحساب الجارى ، فإذا ترك لعميله المهلة المعقولة لسداد رصيد الحساب الجارى ، فلا يجوز للعميل أن ينعى عليه أنه قطع الحساب فى وقت غير مناسب (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٠) .

وقد يكون الأجل المضروب أجلا ممتداً ، كأن يلتزم صانع أن يصنع أثاثاً فى خلال مدة معينة . فالأجل هنا ليس يوماً معيناً بالذات ، بل ميعاداً أقصاه يوم معين بالذات . فهو من هذه الناحية مجهول ميعاد الحلول ، وإن كان الحد الأقصى لهذا الميعاد معلوماً . ويكون تعيين ميعاد الحلول موكولا إلى أحد الطرفين – المدين فى هذا المثل وقد يكون الدائن فى أمثلة أخرى – ويقوم بتعيينه عند الوفاء بالالتزام . ومثل هذا الأجل تمكن تسميته بالأجل التمجيل ، لأن الغرض منه تعجيل تنفيذ الالتزام وليس تأجيله (أنظر الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

والفرق بين الشرط والأجل غير المعين واضح ، فالشرط أمر غير محقق الوقوع . أما الأجل غير المعين فأمر محقق الوقوع فى ذاته ولكن ميعاد وقوعه وحده هو غير المحقق (١) .

§ ٣ — أمر عارض

٥١ — الأجل عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى :

والأجل ، كالشرط وككل وصف آخر من أوصاف الالتزام ، عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى . وهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفى الالتزام جميع عناصره الجوهرية . ويأتى الأجل بعد ذلك عنصراً إضافيا يقوم الالتزام بغيره ، ويتصور بدونه ، ولا يحتاج إليه فى قيامه بذاته .

فاذا التزم شخص إلى أجل ، فان التزامه يكون قد استوفى جميع عناصره الجوهرية ، من رابطة ومحل وسبب ، قبل أن يضاف إليه الأجل . ثم يأتى الأجل

---

(١) وقد أورد الأستاذان كولان وكابيتان مثلا لأجل غير معين يشتبه بالشرط : يهب رجل امرأة أو يوصى لها بإيراد مرتب إلى اليوم الذى تتزوج فيه ، وعندئذ ينقطع المرتب . فإذا اعتبرنا الزواج هنا أجلا فاسخاً غير معين ، كان التصرف صحيحاً . أما إذا اعتبرناه شرطاً فاسخاً ، كان بمثابة قيد على حق الزواج وقد يكون غير مشروع . وفى هذه الحالة يكيف الوصف ، عند الشك ، بأنه أجل غير معين تصحيحاً للتصرف (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٧) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق الذى يؤخر حلول الدين إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين يعتبر اتفاقاً على أجل غير معين لا على شرط إرادى محض ، ويجوز فى هذه الحالة للدائن أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو أن يعين القاضى للمدين وقتاً معقولا للقيام بهذا العمل (استئناف مختلط ٧ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩) . فإذا رهن مزارع قطنه عند أحد المصارف فى نظير مبلغ معجل من المال ، على أن يبيع المصرف القطن فى الميعاد الذى يعينه المدين ، لم يجز للمدين أن يسرف فى تأجيل ميعاد البيع ، بل يجب عليه أن يعين للبيع ميعاداً معقولا (استئناف مختلط ٧ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤) . وإذا وضع مهندس معمارى تصميماً لبناء ، وعين وقت البدء فى هذا البناء ميعاداً لدفع باقى أتعابه ، فإن هذا يعتبر أجلا غير معين . ويحل هذا الأجل إذا بيعت الأرض التى كان مقدراً للبناء أن يشيد عليها ، إذ أن بيع الأرض يتضمن حتما العدول من هذا البناء . ومن ثم يحل ميعاد دفع باقى الأتعاب (استئناف مختلط ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩) .

بعد ذلك يقترن به ، ويعدل من آثاره . فبعد أن كان الأصل فى الالتزام أن يكون منجزاً واجب الأداء فى الحال وأن يبقى أثره دائماً ، إذا بالأجل يعدل من ذلك ، إما بأن يجعل الالتزام متراخى النفاذ إلى وقت معين ، وإما بأن يجعل الالتزام محدود البقاء غير دائم الأثر .

٥٢ — الأجل فى العقود الزمنية : ويترتب على أن الأجل عنصر عارض فى الالتزام على الوجه المتقدم ، لا عنصر جوهرى ، نتيجة هامة كثيراً ما يغفل الفقه الإشارة إليها . فقد سبق أن عرضنا للعقود الزمنية contrats successifs وهى عقود تتميز عن غيرها بأن الزمن عنصر جوهرى فيها ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد . « ذلك أن هناك أشياء — كما جاء فى الجزء الأول من الوسيط(١) — لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه فى نتيجته ، أى إلى الشىء الذى ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه فى ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترناً بمدة معينة . ومن ثم فعقد الايجار عقد زمنى لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لأنه هو الذى يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة عقد زمنى ، لأن الخدمات التى يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذى يحدد مقدار المحل المعقود عليه . وهناك من الأشياء ما يتحدد فى المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو فى ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن . فمحل العقد هنا — وهو الشىء المعين المتفق على توريده — يقاس فى ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن . فجعلاه يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه فى كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شىء يقاس بالزمن . ولكن المعقود عليه فى عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما

---

(١) فقرة ٦٥ .

المعقود عليه فى عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقا . ومن ثم ينقسم العقد الزمنى إلى عقد ذى تنفيذ مستمر contrat à exécution continue كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة : وعقد ذى تنفيذ دورى contrat à exécution périodique كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة (١) » .

وقد درج الفقه على اعتبار هذه العقود الزمنية عقوداً مقترنة بآجال فاسخة . ولكننا إذا طبقنا القاعدة التى تقضى بأن الأجل إنما هو عنصر عارض فى الالتزام لا عنصر جوهرى ، تبين أن العقد الزمنى لا يمكن أن يكون عقداً مقترناً بأجل ، لأن الأجل عنصر جوهرى فيه كما قدمنا إذ هو محل التعاقد ذاته ، ولا يصح أن يكون الوصف هو أحد العناصر الجوهرية فى العقد (٢) . وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام فى الشرط .

وآية ذلك أن العقد الزمنى إذا انعدم فيه الأجل ، فإنه يكون باطلا لانعدام المحل . ولو كان الأجل وصفاً وكان باطلا ، لكان من الجائز أن يسقط الأجل ويبقى العقد ، كما هى الحال فى الشرط . وقد ورد فى التقنين المدنى الفرنسى تطبيق لهذه القاعدة فى عقد الإيراد المرتب مدى الحياة ، وهو عقد زمنى المدة فيه هى حياة من رتب له الإيراد . فإذا تعهد شخص لآخر بأن يؤدى إلى شخص ثالث إيراداً مرتباً مدى الحياة ، ثم تبين أن صاحب الإيراد كان قد مات قبل العقد ، فان الأجل هنا — وهو المحل — يكون قد انعدم ، ويكون العقد باطلا . وهذا ما تقضى به المادة ١٩٧٤ من التقنين المدنى الفرنسى ، فهى تنص على أن « كل إيراد رتب مدى الحياة لمصلحة شخص يكون قد مات وقت العقد

---

(١) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٢٠ — ص ٢٦ — أما إذا كان الزمن عنصراً غير جوهرى فى العقد ، فإنه يصح أن يكون أجلا ، لأن الأجل كما قدمنا عنصر عارض . كذلك إذا تعهد صانع بصنع أثاث يسلمه فى مدة معينة ، فإنه يقرن التزامه هنا بأجل واقف ، يسميه الأستاذ عبد الحى حجازى بالأجل المعجل أو الأجل التعجيلى كما تقدم القول . وهو عنصر عرضى فى الالتزام وإن كان جبريا (الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١١٢ . وانظر فيما إذا كان التزام المستأجر بدفع الأجرة على أقساط يعتبر التزاما زمنيا أو هو التزام مقترن بأجل واقف أو آجال واقفة : الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١١٧ — ١٢٢ .

لا يكون له أى أثر(١) » . بل تضيف المادة ١٩٧٥ من نفس التقنين ما يأتى : « وكذلك يكون الحكم إذا رتب العقد إيراداً لمصلحة شخص أصيب بمرض مات بسببه فى خلال عشرين يوماً من وقت العقد (٢) » .

ويترتب على ما تقدم أن الآجال الفاسخة — والأجل الفاسخ يكون عادة فى عقد زمنى — ليست بوجه عام آجالا بالمعنى الصحيح . ويكاد يخرج الأجل الفاسخ كله من بين أوصاف الالتزام ، فلا يبقى إلا الأجل الواقف . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الأجل الفاسخ .

المبحث الثانى

نوعا الأجل

§ ١ — الأجل الواقف

(Terme suspensif)

٥٣ — ماهو الأجل الواقف : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى تنص على أن « يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » .

فاذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على الأجل ، كان الأجل واقفاً ، إذ هو يقف الالتزام عن أن ينفذ وعن أن يصبح مستحق الأداء إلى حين انقضاء الأجل(٣) .

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte a[illegible] du contrat, ne produit aucun effet.

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat .

(٣) وقد نصت المادة ١٠١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « الموجب المؤجل التنفيذ أو ذو الأجل المؤجل هو الذى يكون تنفيذه موقوفا إلى أن يحل الأجل . وإذا لم يكن ثمة أجل منصوص عليه أو مستنتج من ماهية القضية فيمكن طلب التنفيذ حالا » .

والأمثلة على الأجل الواقف كثيرة . فالمقترض يقترن التزامه برد القرض إلى المقرض بأجل واقف . وكل من المستأجر والمستعير والمودع عنده يقترن التزامه برد العين المؤجرة أو المعارة أو المودعة بأجل واقف، غير أن الأجل فى الوديعة لمصلحة الدائن وهو فى العارية لمصلحة المدين وفى الإيجار لمصلحة الاثنين معاً . والمرتهن حيازة يقترن التزامه برد العين المرهونة إلى الراهن بأجل واقف هو الوفاء بالدين المضمون بالرهن(١) . وإذا تعهد المشترى بدفع الثمن على أقساط، كان التزامه مقترناً بآجال واقفة متعاقبة . وكذلك إذا تعهد المقاول أن يسلم ماتعهد بعمله إلى رب العمل فى وقت معين، كان التزامه هذا مقترناً بأجل واقف . وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك .

٥٤ — التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة التزام مقترن بأجل واقف : رأينا أن المادة ٢٧٢ مدنى تنص على أنه « إذا تبين من الالتزام أن المدين لايقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه(٢) » .

والمفروض فى الحالة التى نحن بصددها أن المدين إنما ضرب أجلا للوفاء بدينه، ولم يجعل الدين معلقاً على شرط . ذلك أنه يحتمل أن يكون قد قصد تعليق الوفاء بالدين على شرط الميسرة أو المقدرة، وعند ذلك يصبح الوفاء بدينه معلقاً على شرط واقف، وهو أمر غير محقق الوقوع، فاذا أيسر وتحققت

---

(١) وهذا مع ملاحظة أن الرهن ينقضى، فيزول الالتزام بالرد، إذا نفذ الدائن المرتهن بحقه على العين المرهونة . ولكن يصح أن يقال، من جهة أخرى، أن الوفاء بالدين المضمون بالرهن هو أمر غير محقق الوقوع، فيكون شرطاً لا أجلا ؛ ولكن ليس له أثر رجعى لاستعصاء طبيعة التعامل على هذا الأثر .

(٢) وهذا النص مأخوذ من المادة ١٩٣ من تقنين الالتزامات البولونى . انظر أيضاً المادة ٢/٧٤٣ من التقنين المدنى البرتغالى، والمادة ٦٥٤ من التقنين المدنى الأرجنتينى، والمادة ٩٠٤ من التقنين المدنى النمساوى، والمادة ٢/١١٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وانظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٩، والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧ .

مقدرته على الوفاء ، تحقق الشرط ووجب أن يفي بالدين . أما إذا لم يوسر ولم تتحقق مقدرته على الوفاء طول حياته ، فقد تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام بالوفاء(١) . كما يحتمل أن يكون المدين قد قصد أن يضرب أجلا للوفاء بدينه ، هو ميسرته أو مقدرته على الوفاء . وفي هذه الحالة يكون المدين قد قصد أن يفي بدينه على كل حال . أما عند الميسرة أو المقدرة ، وأما عند الموت إذا لم يواته اليسار حال حياته . فالأجل هنا أجل غير معين ، وهو أقرب حادثين غير معينين ، اليسار أو الموت .

و إذا قام شك فيما إذا قصد المدين ضرب أجل للوفاء أو أراد تعليق الوفاء على شرط ، فالمفروض أنه قصد الأجل لا الشرط ، لأن العقد يفسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى(٢). فاذا ادعى المدين أنه أراد الشرط لا الأجل، فعليه هو إثبات ذلك .

ومتى تبين أن المدين إنما أراد الأجل لا الشرط ، كان للدائن الحق في أن يطالب بتحديد موعد للوفاء . ولما كان الموعد هو ميسرة المدين أو مقدرته على الوفاء بدينه ، فان لم يتفق الطرفان على موعد معين لذلك ، جاز للقاضي أن يتلمس من ظروف القضية وملابساتها موعداً يحدده ، هو الموعد الذي يقدر فيه أن المدين أصبح موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه(٣) . وقد أمدته المادة ٢٧٢ مدني ببعض عناصر التقدير ، فذكرت من بين هذه العناصر : (١) موارد المدين الحالية . أي ما عند المدين من مال موجود فعلا وقت النظر في الدعوى .

---

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاسكندرية الوطنية في ٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٢ ص ١٠٦٣ — شبين الكوم في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤٤ ص ٩٠٥ .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٧ — لوران ١٧ فقرة ١٧٥ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — بودري وبارد ٢ فقرة ٩٦٩ .

ويخلص من ذلك أن المدين إذا أبرأه دائنه من الدين ، فتعهد على أثر هذا الإبراء أن يفي بالدين لدائنه إذا تمكن من ذلك في المستقبل ، فإن دلالة هذه الظروف تتوجه إلى أن يحمل تعهده هذا على أنه تعهد مدني — مبني على التزام طبيعي — وقد جعله المدين ، لا مقترناً بأجل، بل معلقاً على شرط التمكن من وفاء الدين (قارب بودري وبارد ٢ ص ١٤٨ هامش رقم ٣) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٥ ص ٩٠٢ .

(٢) موارد المدين المستقبلة ، أى ما يتوقع القاضي أن يكون عند المدين من مال فى المستقبل ، فان كان له إيراد يكسبه من عمل أو وظيفة أو مهنة ، قدر القاضي هذا الإيراد فى المستقبل مسترشداً بالماضى . (٣) أن يقتضى من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . وهذا عنصر معنوى بخلاف العنصرين المتقدمين فهما من العناصر المادية . وهو بالرغم من أنه معنوى عنصر موضوعى لا ذاتى . فالقاضى لايقتضى من المدين عنايته الذاتية بل يقتضيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بما عليه من الديون . ويكون ذلك بأن يقدم المدين وفاء الدين على كثير من مطالبه ، فان لم يقدمه على حاجياته الضرورية ، فلا أقل من تقديمه على حاجياته الأخرى(١) . فاذا عجز القاضي فى أى وقت من حياة المدين ، عن تحديد موعد الوفاء بتعيين اليوم الذى يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه ، تربص به حتى الموت(٢) . فاذا مات المدين حل دينه حتماً ، وقد مات معسراً فيشارك الدائن سائر الدائنين فى استيفاء حقه من التركة مشاركة الغرماء(٣) .

وتعيين ميعاد يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه مسألة واقع

---

(١) فإذا كان هناك ما يؤمن الدائن على استيفاء حقه ، اكتفى القاضي بذلك . وقد قضت محكمة طنطا بأن الشرط الذى ينص فيه ، فى عقد غاروقة ، على أن المدين يقوم بسداد الدين عند اقتداره هو بمثابة اشتراط أجل لمصلحته ، فلا يمكن إجباره على الدفع قبل حلول الأجل ما لم يكن قد أضعف التأمينات (طنطا فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ ص ١٤٧ : أى لا يحل أجل الدين ما دامت الغاروقة فى يد الدائن ولم تضعف أو يضعفها المدين) .

(٢) ومثل تعهد المدين بوفاء الدين عند الميسرة أو المقدرة تعهده بوفاء الدين عندما يشاء ، غير أن تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء يختلف عن التعهد الأول فى أمرين : (أولا) فى تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء لا يحل الدين إلا إذا شاء المدين دفعه حال حياته ، فإن لم يشأ لم يستطع القاضي تحديد ميعاد للوفاء ، ولا يحل الدين إلا بموت المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٠) . (ثانياً) قد يفسر تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء أنه إنما أراد أن يلتزم التزاماً أدبياً لا التزاماً مدنياً ، فى هذه الحالة لا يجبر على الوفاء حياً ولا يؤخذ الدين من تركته بعد موته (ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٩) .

(٣) استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — الصف ٣ مارس سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ ص ٣٦٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٠ ص ٥٠٢ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧ .

لايخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض ، ولكن حلول الدين عند أقرب الأجلين — الميسرة أو الموت — مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا .

§ ٢ — الأجل الفاسخ

(Terme extinctif)

٥٥ — ماهو الأجل الفاسخ : رأينا أن الالتزام يكون لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع (م ١/٢٧١ مدنى) . ورأينا أن نفاذ الالتزام إذا كان هو المترتب على الأجل ، فالأجل يكون واقفاً . ونقول الآن إنه إذا ترتب على حلول الأجل انقضاء الالتزام — لا نفاذه — فالأجل يكون فاسخاً .

ولما كان الأجل بنوعيه ليس له أثر رجعى ، وكانت كلمة « الفسخ » فى عبارة « الأجل الفاسخ » قد تشعر بأن للأجل الفاسخ أثراً رجعياً كما فى الشرط الفاسخ ، فقد تجنب الفرنسيون هذه الكلمة وأطلقوا على الأجل الفاسخ عبارة « الأجل المنهى » (١) (terme extinctif) . أما التقنين المدنى المصرى فقد استبقى عبارة « الأجل الفاسخ » (انظر المادة ٢/٢٧٤ مدنى) .

٥٦ — هل يوجد أجل فاسخ ؟ : أما أن التقنين المدنى المصرى قد تصور وجود الأجل الفاسخ ، فهذا مالاريب فيه . فقد وردت الإشارة إليه فى موضعين : ففى الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى ورد أن الالتزام يكون لأجل « إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » ، وإذا ترتب انقضاء الالتزام على حلول الأجل فهذا الأجل يكون فاسخاً . ثم ذكر التقنين صراحة عبارة « الأجل الفاسخ » فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ ، إذ قال أنه « يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام » (٢) .

---

(١) وسار على هذا التعبير الأستاذ عبد الحى حجازى فى رسالته فى عقد المدة وفى كتابه فى النظرية العامة للالتزام . أنظر أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٥ ص ٢٤٨ .

(٢) وانظر أيضاً النصوص المقابلة فى التقنينات المدنية العربية الأخرى آنفاً فقرة ٤٦ فى —

وإذا استعرضنا الأمثلة التي تورد عادة على أنها أمثلة للأجل الفاسخ نجدها واردة في العقود الزمنية . فالمؤجر الذي يتعهد بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة الإيجار ، والعامل الذي يلتزم نحو رب العمل أن يعمل مدة معينة ، ومن يتعهد بتوريد الأغذية لمدرسة أو لمستشفى مدة معينة ، ومن يتعهد بدفع إيراد لآخر مدى حياته ، وصاحب حق الانتفاع الذي ينتفع بالعين ما دام حيا أو لمدة معينة ، كل هذه أمثلة لحقوق وردت في عقود زمنية . وقد قدمنا أن العقد الزمني لا يمكن أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ ، لأن الأجل عنصر جوهري فيه (١) .

على أننا نرى أنه إذا كان صحيحاً أن العقد الزمني لا يجوز أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ للأسباب التي قدمناها ، فغير صحيح أن الأجل الفاسخ لا يوجد ضرورة إلا في عقد زمني . فهناك عقود تقترن بآجال فاسخة ولا تكون عقوداً زمنية ، وفي هذه العقود ليس الزمن عنصراً جوهرياً بل عنصراً عارضاً ، ومن ثم أجلا فاسخاً بالمعنى الصحيح . هذه العقود ليست كثيرة في العمل ، كما هو الشأن في العقود الزمنية ، ولكنها موجودة إلى حد يبرر استبقاء الأجل الفاسخ إلى جانب الأجل الواقف ، كما فعل التقنين المدني المصري .

ونذكر الأمثلة التي تحضرنا لهذه العقود :

(١) إذا فتح مصرف لعميله اعتماداً بمبلغ معين لمدة سنة مثلا ، فمبلغ الاعتماد

= الهامش . أما التقنين المدني الفرنسي فلا يتكلم إلا عن الأجل الواقف ، والفقه الفرنسي مضطرب في هذا الصدد . فمن الفقهاء من يعترف بالأجل الفاسخ وصفاً للعقد لا وصفاً للالتزام (ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٦٩ بودري وبارد ٢ فقرة ٩٧٣) ، ومنهم من لا يعتبر الأجل الفاسخ وصفاً للالتزام ، بل يعتبره سبباً من أسباب انقضاء الالتزام (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢ — وينفي الأستاذ عبد الحي حجازي ، في شيء من التردد ، عن الأجل الفاسخ (أو الأجل المنهي كما يدعوه) أنه وصف للالتزام (أنظر رسالته في عقد المدة ص ٢٣٠ ، وكتابه في النظرية العامة في الالتزام ١ ص ١٧١ — وبنوع خاص ص ١٧٦ — ص ١٧٧) . وينفي الأستاذ اسماعيل غانم صراحة عن الأجل الفاسخ أنه وصف للالتزام إذ يقول : « والأجل الفاسخ ليس وصفاً بالمعنى الدقيق ، فهو لا يعدل من آثار الالتزام ، بل هو في حقيقته الطريق الطبيعي لإنهاء الالتزام الزمني ، فهو يحدد مدة بقاء ذلك الالتزام » (أحكام الالتزام فقرة ١٦٨) .

هنا ، وهو محل العقد : لا يقاس بالزمن أى بالسنة التى فتح فيها الاعتماد ، إذ هو لا يتغير بتغير هذا الزمن فلا يزيد إذا زاد ولا ينقص إذا نقص . وفى رأينا أن العقد هنا ليس عقداً زمنياً إذ الزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه ؛ ومع ذلك يقترن التزام المصرف بفتح الاعتماد بأجل فاسخ هو مدة السنة ، فاذا انقضت هذه المدة انقضى التزام المصرف بفتح الاعتماد (١).

ويخلص مما قدمناه أن المصرف يكون ملتزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل ، وهذا الالتزام مقترن بأجل فاسخ هو سنة من وقت فتح الاعتماد . وليس الأجل هنا محلا معقوداً عليه ، بل عنصراً عارضاً ؛ يمكن تصور العقد بدونه . ويكون المصرف فى هذه الحالة ملزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل فوراً ، ويأخذه العميل فى الحال فيكون قرضاً بسيطاً ، وإنما سمى القرض هنا بفتح الاعتماد لإضافة الأجل الفاسخ السالف الذكر .

(٢) إذا فتح مصرف لمقاول حساباً جارياً عن مقاولة معينة وحدد لإقفال الحساب ستة أشهر مثلا : فنى هذه الحالة قد تعهد المصرف بالخصم والإضافة فى الحساب الجارى عن المبالغ التى تضم وتخصم لحساب المقاولة المذكورة ، وقرن التزامه بأجل فاسخ هو مدة الستة الأشهر . وليست هذه المدة عنصراً جوهرياً فى الالتزام ، بل العنصر الجوهرى هو المقاولة المعينة التى فتح من أجلها الحساب

---

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٧ — ص ٤٨ . وهو يسلم أن المدة فى هذا العقد ليست وظيفتها أن تحدد كم المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل ، فهو محدد فى ذاته بدون فكرة الزمن ؛ لا يزيد كه ولا ينقص حسب طول المدة أو قصرها . ولكنه يضيف ما يأتى : « ومع ذلك فللزمن دور أصيل فى هذا العقد . إن العقد ينص على المدة التى يجب فى خلالها أن يظل البنك ملتزماً بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف المعتمد ، وبالتالى المدة التى يكون المعتمد فى خلالها واثقاً من أن ثمة مبلغاً موضوعاً تحت تصرفه . إن وضع المبلغ تحت تصرف المعتمد طوال مدة العقد ، وإمكان هذا الأخير الاستفادة منه فى كل لحظة فى خلال مدة العقد هو الذى يحقق الفائدة التى يرجوها المعتمد من هذا العقد ، وتلك فائدة تقاس بالزمن ، تزيد معه إذ تزيد ، وتنقص معه إذ ينقص . وهذا كاف لإدراج هذا العقد ضمن طائفة عقود المدة » .

على أن المدة هنا ، وإن حققت فائدة للعميل ، إلا أنها فائدة عارضة ، وليست عنصراً جوهرياً فى العقد لا يتصور العقد بدونها ، فهى أقرب إلى أن تكون كالمدة التى يشترطها الصانع فى صنع الأثاث : مدة عارضة جبرية .

الجارى . فيكون العقد هنا عقداً غير زمنى، ومع ذلك يكون قد اقترن بأجل فاسخ (١) .

(٣) إذا تعهد طبيب بعلاج أفراد أسرة لمدة سنة على أن يأخذ الأجر عن كل مرة يعالج فيها مريضا . فان التزامه بالعلاج قد اقترن بأجل فاسخ ، هو مدة السنة ، ولكن هذه المدة ليست عنصراً جوهرياً فى العقد ما دام الطبيب يتقاضى أجره لا بحساب المدة بل بحساب مرات العلاج . فالزمن هنا ليس مقياساً للمعقود عليه ، وهو مع ذلك أجل فاسخ(٢) .

(٤) إذا تعهدت شركة بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات التى تحتاج إلى الصيانة لمدة سنة مثلا ، على أن تتقاضى أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة ، فان الالتزام هنا يكون مقترناً بأجل فاسخ ليس عنصراً جوهرياً فيه(٣) .

(٥) إذا تعهدت شركة التأمين أن تؤمن ، لمدة معينة ، عدداً غير معين من الأخطار يمكن تعيينه شيئاً فشيئاً باقرارات متتابعة من جهة المؤمن له ، فقد اختلف فى تكييف هذا العقد ، ومن رأى بعض الفقهاء أن العقد ليس بالعقد الزمنى ، ومع ذلك فقد اقترن بأجل فاسخ (٤) .

ويمكن القول بوجه عام أنه يتفق - وإن كان ذلك لا يحدث كثيراً - أن يقترن العقد بأجل فاسخ لا يكون عنصراً جوهرياً فيه ، فلا يكون العقد فى هذه الحالة عقداً زمنياً ، ويكون الأجل الذى اقترن به العقد أجلا فاسخاً بالمعنى الصحيح . ونحن إذ نتكلم فيما يلى عن الأجل الفاسخ ينصرف قولنا إلى هذه العقود على وجه التخصيص . على أنه لا مانع من إطلاق تعبير «الأجل الفاسخ» على المدة فى العقود الزمنية ، فى شىء من التجوز ، فان الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ فى العقود الزمنية أصلا أو اعتبر وصفاً .

---

(١) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٨ .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٣٩ .

(٣) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٣٨ — ص ٣٩ .

(٤) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٥٥ — ص ٥٦ والمرجع التى أشار إليها .

المبحث الثالث

مصادر الأجل

وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل

§ ١ — مصادر الأجل

٥٧ — مصادر الأجل الاتفاق والقانون والقضاء . يغلب أن يكون مصدر الأجل هو الاتفاق . ويتميز الأجل عن الشرط فى أن له مصدرين آخرين : القانون والقضاء .

وفى الفقه الفرنسى ينتظم الأجل الذى مصدره الاتفاق والأجل الذى مصدره القانون اسم واحد ، فيطلق عليهما معاً « الأجل المستحق قانونا » terme de droit ليقابل الأجل الذى مصدره القضاء ويسمى « الأجل المتفضل به » terme de grâce (١) ، أو « نظرة الميسرة » وهى التسمية التى درج عليها الفقه المصرى .

٥٨ — الاتفاق مصدر للأجل : يغلب ، كما قدمنا ، أن يكون مصدر الأجل هو اتفاق الطرفين . فيتفق البائع مع المشترى مثلا على تأجيل دفع الثمن إلى ميعاد معين ، أو على دفعه أقساطا فى مواعيد يتفق عليها ، أو يتفقان على تأخير تسليم المبيع إلى أجل (٢) . ويتفق المؤجر مع المستأجر على أن تكون مدة الإيجار وقتاً معينا ينتهى بانقضائه العقد ، وهذا هو الأجل الفاسخ فى العقد الزمنى ، ولا يعتبر أجلا بالمعنى الصحيح كما قدمنا .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦١ — جوسران ٢ فقرة [illegible] .

(٢) وإذا عين لتنفيذ الالتزام حد أقصى للأجل ، فإن انقضاء هذا الحد الأقصى لا يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه حتى بعد مجاوزة هذا الحد (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠١م ١٣ ص ٣١٢) .

=

وقد تفرض الأكثرية الأجل الاتفاقى على الأقلية فى بعض حالات استثنائية ، كما إذا اتفقت أغلبية دائنى التفليسة على تأجيل بعض ديون المفلس .

وكما يكون الاتفاق بصدد الأجل صريحاً ، يصح أن يكون كذلك ضمنياً يستخلص من الظروف والملابسات . فاذا تعهد صانع بصنع أثاث معين دون أن يتفق على أجل لتسليم الأثاث ، فالمفروض أن التزام الصانع بالتسليم مقترن بأجل واقف هو المدة المعقولة لصنع هذا الأثاث . ويلجأ القاضى فى تعيين هذه المدة ، عند النزاع ، إلى المألوف فى هذه الصناعة . وإذا اتفق عامل النقل مع صاحب بضاعة على نقل بضاعته من مدينة إلى أخرى دون أن يتفق معه على أجل ، فان الأجل هنا أيضاً مفروض ، ويعينه القاضى عند النزاع بالمدة المألوفة لنقل هذه البضاعة بالوسائل التى يملكها عامل النقل (١) .

٥٩ — القانون مصدر للأجل : وقد يكون نص القانون هو مصدر الأجل . ويقع أن يحدد القانون الموت أجلا أو حداً أقصى للأجل ، كما فعل (م ١/٧٤١ مدنى) فى الايراد المرتب مدى الحياة فقد جعل له أجلا هو الموت ، وكما فعل (م ٧٥٤ مدنى وما بعدها) فى التأمين على الحياة فبالموت يحل دفع مبلغ التأمين عادة . وكما فعل (م ١/٩٩٣ مدنى) فى حق المنفعة فانه ينقضى حتما بالموت إن لم ينقض قبل ذلك بانقضاء مدة معينة .

ويقع كذلك أن يحدد نص القانون الأجل بمدة معينة من الزمن ، أجلا واحداً أو حداً أقصى للأجل . فقد قضت المادة ٦٧٣ من تقنين المرافعات بالزام الراسي عليه المزاد فى التنفيذ العقارى بأن يودع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثة

= وقد يمنح الدائن المدين أجلا على سبيل التسامح والتفضل ، فيبيح له أن يسدد الدين أقساطاً ، ولكن ذلك لا يمنعه من مطالبة المدين فى أى وقت بكل الدين دون أن يحتج عليه المدين بالأجل الممنوح له على سبيل التسامح (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٣) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٠ — ويصح أن يكون مصدر الأجل إرادة المدين المنفردة ، وليس إتفاقاً بينه وبين الدائن . ويقع ذلك كثيراً إذا صدر من أحد العاقدين إيجاب وحدد لالتزامه بالبقاء على الإيجاب ميعاداً ، أو استخلص هذا الميعاد ضمناً من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة (أنظر المادة ٩٣ مدنى) .

الأشهر التالية لصيرورة البيع نهائياً . وقضت المادة ٥٦٣ من التقنين المدنى بأنه إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة ، فيعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء فى مواعيد معينة مبينة فى النص ، والأجل هنا أجل فاسخ فى عقد زمنى . ونصت المادة ٥٥٩ مدنى على أنه « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة » ، وهذا هو حد أقصى للأجل الفاسخ فى عقد زمنى . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٥٢٦ مدنى فى صدد مدة عقد الشركة على أنه « إذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة ، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها » . وقد حددت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ مدنى حداً أقصى لعقد العمل يلزم العامل فيه بالخدمة ، فنصت على أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض ، على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر » . وحدد القانون مدة قصوى للملكية الأسرة ، فنصت المادة ٨٥٢ مدنى على أنه « يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة .... وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته فى إخراج نصيبه » . وحدد كذلك الحد الأقصى للبقاء فى الشيوع ، فنصت المادة ٨٣٤ مدنى على أن « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق . ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين . فاذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه » . وحدد كذلك حداً أقصى لمدة حق الحكر ، فنصت المادة ٩٩٩ مدنى على أنه « لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، فاذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة » .

وقد تصدر تشريعات استثنائية تمهل المدينين فى دفع ديونهم ، وتمنحهم

آجالا ، أو توقف الوفاء بالديون moratoires(١) ، ويكون ذلك عادة عقب نشوب حرب يكون من شأنها قلب الموازين الاقتصادية ، أو عقب أزمات اقتصادية يخشى معها خراب المدينين إذا هم أخذوا بدفع ديونهم فى المواعيد المحددة . كما وقع ذلك فى التسويات العقارية التى صدرت بها تشريعات تنظمها فى مصر .

٦٠ — **القضاء مصدر للأجل** : وقد يكون القضاء هو مصدر الأجل ، ويسمى الأجل القضائى فى الفقه المصرى بنظرة الميسرة .

والأصل فى نظرة الميسرة (délai de grâce) أن المدين . إذا كان يجب عليه الوفاء بدينه فى الميعاد المتفق عليه ، إلا أنه إذا استدعت حالته الرأفة به ، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم ، ولم يمنع من التأجيل نص فى القانون ، يجوز للقاضى ، بهذه الشروط الثلاثة ، أن يمنح المدين أجلا أو آجالا معقولة يفى فيها بدينه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « على أنه يجوز للقاضى ، فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

ونظرة الميسرة ، كنظرية الظروف الطارئة ، يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة ، وهى تخفف العبء من حيث الإفساح فى أجل الوفاء ، كما تخفف الظروف الطارئة العبء من حيث تحديد مقدار الدين (٢) .

ونظرة الميسرة أجل واقف يمنحه القاضى كما رأينا ، ولكنه يختلف فى أحكامه عن أحكام الأجل الواقف التى سنوردها ، وبخاصة من ناحية مسقطات الأجل ، اختلافاً كبيراً . ونساير التقنين المدنى ، فلا نبحث نظرة الميسرة هنا ، بل عند الكلام فى انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء ، إذ يجب على المدين أن يفى الدين فى ميعاده إلا إذا نظره القاضى إلى أجل(٣) .

---

(١) أنظر فى فرنسا بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٣ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ ص ٤٩٩ .

(٣) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص يعدد مصادر الأجل ، هو =

§ ٢ — الحقوق التي يلحقها وصف الأجل

٦١ — الحقوق الشخصية والحقوق العينية عدا حق الملكية : والأجل وصف يلحق بوجه عام الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ، أياً كان مصدر هذه الحقوق . فحق المنفعة أياً كان مصدره مقترن بأجل فاسخ حده الأقصى هو الموت كما قدمنا . كذلك حق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة .

غير أن هناك حقا عينيا واحداً — هو حق الملكية — لا يجوز أن يقترن بأجل واقف أو فاسخ . ذلك أن طبيعة حق الملكية تقتضى أن يكون هذا الحق أبديا ، بل هو يتأبد فى انتقاله من مالك إلى مالك ، فلا يصح أن يقترن بأجل فاسخ لأن هذا يتعارض مع أبديته ، ولا بأجل واقف إذ يقابل هذا الأجل أجل فاسخ فى الجهة الأخرى(١) .

= المادة ٢٩٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ — الأجل إما أن يكون اتفاقياً يحدده المتعاقدان صراحة أو ضمناً ، وإما أن يكون بحكم القانون . ٢ — ويجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » (أنظر المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣ فى الهامش) . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، بعد أن نقلت الفقرة الثانية منه (الخاصة بنظرة الميسرة) إلى الفصل المعقود للوفاء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام عند الكلام فى ميعاد الوفاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣ فى الهامش) .

ونصت المادة ١٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « الأجل المؤجل إما قانونى أو ممنوح . فالقانونى هو المثبت فى عقد إنشاء الموجب أو فى عقد لاحق له أو المستمد من القانون . والأجل الممنوح هو الذى يمنحه القاضى » . ونصت المادة ١٠٧ من هذا التقنين على أن « الأجل القانونى صريح أو ضمنى : فهو صريح إذا كان مشترطاً صراحة ، وضمنى إذا كان مستنتجاً من ماهية الموجب » .

(١) وقد نصت المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى العراقى على أنه « لا يصح فى العقد اقتران الملكية بأجل » (أنظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٤ ص ١٤٩) .

٦٢ — الحقوق التي يلحقها وصف الأجل : فالحقوق المالية ، عدا حق الملكية ، تقبل الاقتران بالأجل كما قدمنا . أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فلا تقبل الاقتران بالأجل ، كما لا تقبل التعليق على الشرط . فالزواج إلى أجل أو مقترناً بأجل واقف لا يجوز ، وكذلك الطلاق والحجر والإذن بالتجارة والحقوق المتولدة من النسب ونحو ذلك من الحقوق .

الفرع الثاني

ما يترتب على الأجل من الآثار

٦٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف ، فانه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول » .

« ٢ — ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي(١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقضي بها كان معمولا بها دون حاجة إلى نص .

---

(١) تاريخ النص . ورد هذا النص في المادة ٣٩٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٦ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ — ص ٣٥) . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ — ص ٣٥ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ١٠٨ و ١١١ و ١١٧ و١١٨ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٢٧٤ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٢٦١ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢٩٣ : ١ — العقد المضاف إلى أجل واقف ينفذ سبباً فى الحال، ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه . ٢ — والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذاً فى الحال ، ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء العقد . (والحكم واحد فى التقنينين المصرى والعراقى، وعبارة التقنين العراقى مستمدة من لغة الفقه الإسلامى . قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ١٠٨ : أن الأجل المؤجل لا يقتصر على جعل الموجب غير مستحق الإيفاء ، بل يمنع عنه حكم مرور الزمن ما دام الأجل لم يحل . أما إذا كان الموجب قد نفذ ، فلا وجه لاسترداد ما لم يجب .

م ١١١ : إن الدائن إلى أجل يمكنه حتى قبل الاستحقاق أن يتوسل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وأن يطلب كفالة أو غيرها من وجوه التأمين أو أن يعمد إلى الحجز الاحتياطى حين يجد من الأسباب الصحيحة ما يحمله على الخوف من عدم ملاءة المديون أو من إفلاسه أو من هربه .

م ١١٧ : إن الموجبات التى موضوعها إجراء أمر متواصل أو سلسلة أمور متتابعة يكون مفعول الأجل فيها الأسقاط .

م ١١٨ : للموجب ذى الأجل المسقط مفاعيل الموجب البسيط ما دام ذلك الأجل لم يحل . وعند حلوله تنقطع مفاعيل الموجب فيما يختص بالمستقبل فقط .

(ورغم إفاضة التقنين اللبنانى فى التفصيلات فإن الأحكام واحدة فى التقنينين المصرى واللبنانى فيما عدا ما يأتى :(١) لا يجيز التقنين اللبنانى رد الدين المؤجل إذا كان قد وفى قبل حلول الأجل، ويجيز التقنين المصرى ذلك على تفصيل سيأتى (م ١٨٣ مصرى) — (٢) يجيز التقنين اللبنانى الحجز التحفظى بالدين المؤجل ، أما تقنين المرافعات المصرى فيشترط فى الحجوز التحفظية أن يكون الدين محقق الوجود حال الأداء (م ٥٤٣ و ٦٠٤ مرافعات مصرى) — ويلاحظ أيضاً أن المادة ١١٧ من التقنين اللبنانى تعرض للالتزامات الناشئة من عقود زمنية ، ولكن لتقرر جواز أن يقترن بها أجل فاسخ يكون مفعوله عند انقضائه إسقاط الالتزام) .

٦٤ — قبل حلول الأجل وعند حلول الأجل : ويتبين من النص المتقدم أنه هنا أيضاً ، كما فى الشرط ، يجب أن نميز بين مرحلتين: (١) المرحلة السابقة على حلول الأجل، أى وقت قيام الأجل . (٢) ومرحلة حلول الأجل ، وهذه المرحلة لا تحتمل إلا صورة واحدة هى أن يحل الأجل فعلا . ويختلف الشرط عن الأجل فى ذلك بأن مرحلة ما بعد التعليق تحتمل تحقق الشرط أو تخلفه ، لأن الشرط ، خلافاً للأجل ، أمر غير محقق الوقوع .

المبحث الأول

الآثار قبل حلول الأجل

§ ١ — الأجل الواقف

٦٥ — الحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود : والحق المقترن بأجل واقف هو حق موجود كالحق المعلق على شرط واقف ، بل هو أقوى وجوداً ، إذ الحق المعلق على شرط واقف حق ناقص كما رأينا ، أما الحق المقترن بأجل واقف فهو كامل الوجود .

ويترتب على وجود الحق المقترن بأجل واقف من النتائج ما سبق أن رتبناه على وجود الحق المعلق على شرط واقف . ويزيد نتائج أخرى مستمدة من كمال وجوده .

فمن النتائج المستمدة من محض الوجود ما يأتى :

(١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالتصرف والميراث وغير ذلك من أسباب انتقال الحقوق، على التفصيل الذى قررناه بالنسبة إلى الحق المشروط

(٢) يجوز لصاحب هذا الحق أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف . ولا يجوز لمن عليه الحق أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة ، وذلك كله على التفصيل الوارد فى الحق المشروط .

(٣) يجوز لصاحب هذا الحق أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل فى القسمة ووضع الحراسة على الأعيان ورفع دعاوى تحقيق الخطوط(١) ورفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، دون الدعوى البولصية لأن الحق غير مستحق الأداء . وله بوجه خاص — كما تقول المادة ١/٢٧٤ مدنى — أن يطالب بتأمين إذا خشى — مستنداً فى ذلك إلى سبب معقول ولا يكفى مجرد الخشية الذاتية إذا لم تكن مستندة إلى سبب يبررها — إفلاس المدين أو إعساره . فاذا لم يقدم المدين التأمين ، ترتب على ذلك سقوط الأجل ، قياساً على حكم المادة ٢٧٣ مدنى وسيأتى ذكرها (٢) . وقد قدمنا كل ذلك فى الحق المشروط(٣) .

---

(١) وغنى عن البيان أن الحكم الذى يحصل عليه الدائن بصحة السند المثبت لدين مؤجل لايستطيع الحصول بموجبه على حق اختصاص ، لأن حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ فى موضوع الدعوى أى بالدين نفسه (م ١٠٨٥ مدنى) . وفى فرنسا قانون قديم صدر فى ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ ويقضى بأنه إذا صدر حكم بصحة دين قبل حلول أجله ، فلا يجوز الحصول بموجب هذا الحكم على رهن عام (وهو ما يقابل حق الاختصاص عندنا) على أموال المدين إلا إذا لم يدفع المدين الدين عند حلول أجله ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) . ويرى أكثر الفقهاء أن قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ اقتصر فى نصه على حالة الحكم بصحة السند العرفى المثبت للدين ، فإذا كان الدين غير ثابت فى سند ما ، أو كان ثابتاً فى سند رسمى ، فإنه لا يجوز رفع دعوى بصحة الدين قبل حلول الأجل ، إذ لو جاز ذلك لاستطاع الدائن أن يحصل على الرهن العام عند حلول الأجل ، وهذا يخالف العقد القائم ما بين الطرفين ، فإن المدين لم يرض أن يعطى للدائن رهناً خاصاً فكيف يجوز للدائن أن يحصل على رهن عام ! (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦١٧ — لوران ١٧ فقرة ١٨٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٩ — عكس ذلك لاروميبير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٢٤) .

(٢) ويعتبر التزام المدين بتقديم التأمين أو دفع الدين فوراً التزاما تخييريا مصدره نص القانون ، وحق الخيار فيه للمدين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧ — ص ٢٨) .

(٣) أما قطع التقادم فلا فائدة منه ، لأن الدين المؤجل لا يسرى فى حقه التقادم إلا عند حلول الأجل ، فإذا حل الأجل وبدأ التقادم يسرى كان للدائن بطبيعة الحال أن يقطعه (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٤) .

(٤) يجوز لصاحب هذا الحق أن يدخل فى التوزيع ، بل إذا كان التوزيع نتيجة إفلاس المدين أو إعساره ، فان الأجل الواقف يسقط كما سنرى ، ويستوفى الدائن حقه باعتبار أنه حال مستحق الأداء

ومن النتائج المستمدة من كمال الوجود — ويزيد فيها الحق المقترن بأجل على الحق المشروط — ما يأتى :

(١) يسقط الأجل الواقف، ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء، إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره .

(٢) بل إن المدين إذا أضعف بفعله التأمينات التى أعطاها للدائن ، أو لم يقدم ما وعد به من تأمين ، فان الأجل يسقط كذلك على تفصيل سنذكره فيما بعد .

(٣) بل إن ضعف التأمين أو الخشية من إفلاس المدين أو إعساره خشية تستند إلى سبب معقول ، ولو رجع ذلك إلى سبب خارج عن إرادة المدين ، يكفى لإسقاط الأجل ، إلا إذا قدم المدين تأميناً كافياً .

(٤) وإذا هلك الشىء محل الحق المؤجل بسبب أجنبى قبل حلول الأجل ، كان الهلاك على الدائن لا على المدين ، لأن الشىء قد أصبح حقاً مؤكداً له فيهلك عليه ، بخلاف ما رأيناه فى الشرط . فاذا هلكت العين المؤجرة فى يد المستأجر قبل حلول أجل ردها ، أو هلكت الوديعة فى يد حافظ الوديعة قبل انقضاء أجل الوديعة ، كان الهلاك على الدائن ، أى المؤجر أو المودع . أما إذا كان العقد بيعاً فقد رأينا أن العين تهلك على البائع ، فاذا حدد أجل لتسليم العين المبيعة إلى المشترى ، وهلكت العين قبل التسليم ، فالهلاك على البائع لا على المشترى أى على المدين لا الدائن(١) . وهذا هو حكم العقد إذا كان ناقلا للملكية .

٦٦ — ولكنه حق غير نافذ : على أن الحق المقترن بأجل واقف ، إذ كان حقاً موجوداً كامل الوجود ، فانه مع ذلك حق غير نافذ . وتقول المادة

(١) والتون ٢ ص ٣٦٥ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥ .

١/٢٧٤ مدنى أن هذا الحق « لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل » .

ومن النتائج التى تترتب على عدم نفاذه إلى حين حلول الأجل ما يأتى :

١ — لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل . فان هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبرى ما دام الأجل قائما(١).

٢ — وكذلك لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختيارى ، فاذا أداه المدين قبل حلول الأجل اختياراً . ولكن عن غلط معتقداً أن الأجل قد حل أو معتقداً أن الدين حال غير مؤجل، جاز له أن يسترده من الدائن ما دام الأجل لم يحل وفقاً لأحكام استرداد غير المستحق . على أنه يجوز للدائن — بل ويلزم بذلك

---

(١) ويترتب على ذلك : (أ) إذا رفع الدائن الدعوى يطالب بوفاء الدين قبل حلول الأجل، رفضت دعواه ، حتى لو تعهد أنه لا ينفذ الحكم إلا عند حلول الأجل (لوران ١٧ فقرة ١٨٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص١٣٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٨ فقرة ١٠٠٥) . (ب) وإذا لم يحضر المدين : جاز للقاضى من تلقاء نفسه أن يرفض الدعوى، لأن الحكم بدفع دين لم يحل أجله لا يجوز ويكون واجباً نقضه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٠٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ وهامش رقم ١١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ — ولكن قارن دريدا Derrida فى أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ terme فقرة ٢٢) . (ج) ويرفض الدعوى واجب حتى لو حل أجل الدين أثناء نظرها ، لأن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى وفى هذا اليوم لم يكن الدين مستحق الأداء (لاروميبير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٢٦ — بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش ١٠ مكرر — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥) . ولكن هذه المسألة فيها نظر ، فقد يقال أن القاضى يحكم بالوفاء ما دام الدين قد استحق أثناء نظر الدعوى ، غير أنه يجعل المصروفات على الدائن إذ تعجل فى رفع الدعوى قبل حلول الأجل ، وذلك اقتصاداً فى جهود التقاضى (أنظر توليه ٦ فقرة ٦٦٤) . وفى القضاء المختلط حكمان متعارضان فى هذه المسألة ، فقد قضت محكمة القضاء المستعجل بالاسكندرية بأن دعوى إخلاء العين المؤجرة أمام القضاء المستعجل تكون غير مقبولة فيها قبل الأوان إذا هى رفعت قبل أن ينقضى عقد الإيجار ، حتى لو انقضى العقد أثناء نظر الدعوى ولم يبادر المستأجر إلى إخلاء العين (الاسكندرية القضاء المستعجل ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٩ ص ١٣) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت . من جهة أخرى ، بأنه إذا رفعت دعوى الوفاء بالدين قبل حلول أجله ، ولكن حل الأجل أثناء نظر الدعوى دون أن يعرض المدين الوفاء ، فلا محل للحكم برفض الدعوى لرفعها قبل الأوان (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٤٣) .

إذا كان الأجل قد حل قبل الاسترداد — أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل بشرط ألا يزيد ذلك على ما لحق المدين من ضرر طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . فاذا كان الدين الذى عجله المدين نقوداً ، التزم الدائن أن يرد الفائدة بالسعر القانونى أو الاتفاقى عن المدة التى كانت باقية لحلول الأجل . وقد كان هناك رأى فى عهد التقنين المدنى السابق يذهب إلى أن الدين المؤجل إذا عجل ، ولو عن غلط ، لايسترد ، لأن المدين يكون قد دفع ماهو مستحق عليه ، إذ الدين المؤجل — خلافاً للدين المعلق على شرط — موجود كامل الوجود (١) . ولكن التقنين المدنى الجديد حسم هذا الخلاف بنص صريح ،

---

(١) أنظر فى هذا المعنى الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٦ ص ٥٠٦ (وانظر فى أن العبرة بتاريخ الوفاء المعجل ، فإن وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبق التقنين السابق ، وإلا طبق التقنين الجديد : الوسيط جزء أول ص ١٢٢٠ هامش رقم ٣) . وانظر عكس ذلك : والتون ٢ ص ٣٦٢ — ص ٣٦٤ (ويذهب إلى أن الدين المؤجل إذا دفع عن بينه لا يسترد ، وإذا دفع عن غلط استرد) .

وفى الفقه الفرنسى وقع خلاف فى هذه المسألة ، فأغلبية الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز استرداد ما دفع عن غلط قبل حلول الأجل ، لأن التقنين المدنى الفرنسى يشتمل على نص فى هذا المعنى هو المادة ١١٨٦ ، وتقضى بأن ما كان غير مستحق الوفاء إلا بعد أجل لا تجوز المطالبة به إلا عند حلول الأجل ، ولكن ما عجل الوفاء به لا يسترد (توليه ١١ فقرة ٥٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٦ — لارومبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٣٤ — لوران ١٧ فقرة ١٨٥ — هيك ٧ فقرة ٢٨٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٨٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٧ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٣ ص ٤٥٢ — جوسران ٢ فقرة ٧٢٧) . ولكن بعض الفقهاء يفسرون النص المتقدم بأن من يدفع قبل الأجل عن بينة — لا عن غلط — لايجوز له أن يسترد ، أما إذا دفع عن غلط فقد دفع غير المستحق وجاز له الاسترداد (ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٢ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٣٣ — فقرة ٦٣٤) — هذا والفقهاء الذين يذهبون إلى عدم جواز الاسترداد حتى لو كان الدفع عن غلط يختلفون فيما بينهم : فبعضهم يجيز للمدين أن يسترد من الدائن ثمار ما دفعه قبل الأجل دون أن يسترد الأصل (ديرانتون ١١ فقرة ١١٣ — مورلون فقرة ١٢٢٢ — لوران ١٧ فقرة ١٨٦) ، وبعض آخر لا يجيز للمدين أن يسترد الأصل ولا الثمار (توليه ١١ فقرة ٥٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٠ — لارومبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٣٥ — هيك ٧ فقرة ٢٨٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٩ ص ٣٤٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٨) .

هو المادة ١٨٣ وتنص على أنه « ١ — يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . ٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً . التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل(١)» . ويبرر هذا الحكم أن المدين قد عجل الدين عن غلط وهو يجهل قيام الأجل ، والأجل يقابله منفعة ، فاذا كان قد دفع المستحق فيما يتعلق بالدين ذاته لأن الدين المؤجل موجود كما قدمنا ، ألا أنه دفعه قبل حلول الأجل ، فكان له أن يسترد المنفعة التى تقابل الأجل وهذه غير مستحقة . وبهذا تقضى المادة ١٨٣ كما رأينا (٢) .

وغنى عن البيان أن المدين إذا دفع الدين المؤجل قبل حلول الأجل وهو عالم بقيامه ، فأنه يعتبر متنازلا عن الأجل ، والتنازل من مسقطات الأجل كما سنرى ، وبذلك يصبح الدين حالا مستحق الأداء ، فلا يسترد شيئاً من الدائن فى هذه الحالة .

٣ — ولما كان الدين المؤجل غير نافذ وغير مستحق الأداء . فان المقاصة القانونية لا تقع بينه وبين دين آخر مستحق الأداء للمدين على الدائن ، لأن المقاصة القانونية لا تكون إلا فى دينين مستحقى الأداء ، ولأن التنفيذ الجبرى ممتنع فى الدين المؤجل والمقاصة القانونية ضرب من التنفيذ الجبرى (٣).

---

(١) وقد سبق شرح هذا النص فى الجزء الأول من الوسيط عند الكلام فى دفع غير المستحق (الوسيط ١ فقرة ٨٤٧) .

(٢) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تطبيقاً عملياً لهذا الحكم إذ تقول « فيحق مثلا لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، أن يطالب الدائن ، إذا لم يشأ أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين : قيمة النفقات الإضافية وقيمة إيراد البناء فى خلال الشهور الستة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢) .

(٣) ولكن إذا كان من يتمسك بالمقاصة لحق له مؤجل يستند فى تمسكه إلى أن الأجل فى صالحه وقد نزل عنه ، جاز له ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) .

٤ — ولما كان الدين المؤجل غير مستحق الأداء ، فانه لا يجوز للدائن صاحب هذا الحق أن يوقع به حجزاً تحفظياً تحت يد مدين مدينه ، ولا يجوز أن يوقع به أى حجز تحفظى آخر(١) ، فان الحجوز التحفظية ، طبقاً لصريح نص المادتين ٥٤٣ و ٦٠٤ من تقنين المرافعات ، تقتضى أن يكون الدين المحجوز به محقق الوجود حال الأداء ، والدين المؤجل إذا كان محقق الوجود فهو غير حال الأداء (٢) .

٥ — ولا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلا أن يستعمل الدعوى البولصية ، لأن هذه الدعوى تقتضى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . ويلاحظ أن إعسار المدين ، وهو شرط فى الدعوى البولصية ، لا يؤدى إلى إسقاط الأجل ، إذ الأجل لا يسقط إلا بشهر إعسار المدين كما سنرى . و إذا شهر إعسار المدين ، لم يعد الدائن فى حاجة إلى رفع الدعوى البولصية ، إلا إذا كان ذلك بالنسبة إلى تصرف صدر من المدين قبل شهر الإعسار ، وعند ذلك يرفع الدائن الدعوى البولصية بموجب حق مستحق الأداء أسقط شهر الإعسار أجله .

٦ — ولما كان الدين المؤجل لا يستحق الأداء إلا عند حلول الأجل ، فان التقادم المسقط لا يسرى فى حقه ما دام الأجل قائماً ، ولا يسرى إلا منذ حلول الأجل(٣) .

---

(١) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٣ — ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٢ — ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٦١ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤١ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥) .

(٢) ويذهب الفقه الفرنسى فى هذه المسألة إلى نفس الحكم الذى قطعت به عندنا النصوص الصريحة المشار إليها فى تقنين المرافعات (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦١٠ — لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — لوران ١٧ فقرة ١٨٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٥٩٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤ — جارسونية الطبعة الثانية ٤ فقرة ١٣٨٩ ص ٣٣٦) ولكن الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى أن نظرة الميسرة لا تمنع الدائن من توقيع حجز ما للمدين لدى الغير (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٣٦٤) .

(٣) وقد قدمنا أن الأجل إذا كان موكولا تعيينه إلى إرادة الدائن ، كما إذا اتفق على حلول —

٧ — كذلك لا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلا أن يحبس حقاً للمدين عنده ، فان الحبس لا يكون إلا لدين مستحق الأداء ، وقد سبق بيان ذلك (١).

§ ٢ — الأجل الفاسخ

٦٧ — الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ: وهنا نتجوز فنعتبر العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ ، لأنها هى الكثرة الغالبة فى هذا الميدان من الناحية العملية .

وتمكن المقارنة ما بين الحق المقترن بأجل فاسخ والحق المعلق على شرط فاسخ فى أنهما يتفقان فى الوجود والنفاذ ، ويختلفان فى أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال كما قدمنا ، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال عند حلول الأجل ، فهو أضعف فى هذه الناحية من الحق المعلق على شرط فاسخ ، ولكنه أقوى منه فى ناحية أخرى إذ أنه عندما يزول لا يزول بأثر رجعى كالحق المعلق على شرط فاسخ بل لا بد أن يوجد مدة من الزمن .

فصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حالا ، وله أن يديره ، وأن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة ، وتنفذ جميع تصرفاته فوراً ولكن فى حدود حقه وهو حق محدود بأجله فهو حق مؤقت ضرورة . فالمستأجر مثلا تستطيع أن يتصرف فى حقه بالإيجار من الباطن وبالتنازل عن الإيجار لغيره ، ويكون ذلك بطبيعة الحال فى حدود الإيجار الأصلى .

والدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء ، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرهاً ، أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ القهرى .

= الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر مثلا ، فإن التقادم يسرى فى حق هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن ، وإلا كان غير قابل للتقادم (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥ — وأنظر آنفاً فقرة ٥٠ فى الهامش) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٤٢ ص ١١٤٣ .

وله أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغير والحجوز التحفظية الأخرى ، وأن يستعمل الدعوى البولصية . وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه . ولما كان هذا الحق واجب الأداء ، فإن التقادم المسقط يسرى ضده منذ نشوئه (١).

٦٨ – ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال : وهذا هو المعنى الجوهرى للأجل الفاسخ . فالحق المقترن به حق مؤقت بطبيعته ، وينتهى حتماً بانتهاء الأجل .

ويترتب على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقترن بأجل فاسخ تكون مقيدة بحدود هذا الحق ، فهى مؤقتة مثله ، إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما له .

المبحث الثانى

الآثار عند حلول الأجل

§ ١ – كيف يحل الأجل

٦٩ – أسباب ثلاثة لحلول الأجل : يحل الأجل بأحد أسباب ثلاثة : (١) بانقضائه (٢) أو بسقوطه (٣) أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه (٢) .

ولا يتصور فى الأجل ، كما أمكن التصور فى الشرط ، أنه قد يتخلف ، فالأجل كما علمنا أمر محقق الوقوع .

---

(١) ولا تثار بالنسبة إلى الحق المقترن بأجل فاسخ ما أثير بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط فاسخ من مسائل التطهير والشفعة والتقادم المكسب والمقاصة القانونية ، فإن الحق المقترن بأجل فاسخ حق مصيره حتماً إلى الزوال ، فلا يقوى على مثل هذه الأوضاع القانونية .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والأصل أن ينقضى الأجل بالحلول أو السقوط أو التنازل . على أن لانقضاء الأجل أسباباً أخرى تعرض فى أحوال خاصة : كانقضاء الأجل بالموت فى حالة تصفية التركة ، وسقوط الأجل القضائى بوقوع المقاصة أو بقيام دائن آخر بالتنفيذ على أموال المدين أو بتحقيق الاقتدار على الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش) .

٧٠ — حلول الأجل بانقضائه : أول سبب لحلول الأجل — واقفاً كان الأجل أو فاسخاً — هو انقضاؤه ، وهذا هو السبب الطبيعى المألوف . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذه المسألة ، هو المادة ٣٩٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ — يحل الأجل إذا تحقق الأمر المنتظر أو انقضى الميعاد المضروب . ٢ — إذا جعل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع أمر معين ، فلا يحسب اليوم الذى يقع فيه هذا الأمر عند حساب الأجل . ٣ — إذا كان الميعاد بالأيام ، فيحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية . وإذا كان بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين ، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى تسميته أو فى تاريخه مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد . فإن لم يوجد مثل هذا اليوم فى الشهر الأخير فان الأجل ينقضى فى اليوم الأخير من هذا الشهر . وإذا كان الأجل نصف شهر ، فتكون مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها تتضمن حكماً تفصيلياً لا ضرورة له(١) » .

وغنى عن البيان أن النص المحذوف ليس إلا تطبيقاً تفصيلياً للقواعد العامة ، ومن ثم تسرى أحكامه بالرغم من حذفه استناداً إلى هذه القواعد . فيحل الأجل بوقوع الأمر المنتظر الذى ضرب أجلا ، كرجوع القافلة الأولى من الحجيج وقد قدمت فى يوم معين ، فيحل الأجل برجوعها فى هذا اليوم .

وإنما يحل الأجل عادة بانقضاء الميعاد المضروب ، لأن الأجل أكثر ما يكون تاريخاً فى التقويم كما قدمنا . فاذا حدد تاريخ معين — يوم أول يناير سنة ١٩٥٨ مثلا — فان الأجل يحل فى هذا اليوم بالذات ، ولكن يحدث أن يحدد الأجل بوقت معين ينقضى من وقت وقوع أمر معين ، كعشرة أيام من وقت بيع القطن ، فلا يحسب اليوم الذى بيع فيه القطن ، وتعد عشرة أيام من بعده ، وعند انتهاء اليوم العاشر يحل الأجل .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش — وقارب المادة ٢٠ من تقنين المرافعات .

وقد يجعل الأجل أياماً أو أسابيع أو شهوراً أو سنين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه المسألة ما نكتفي بنقله هنا : « ويراعى أن أخص ما يعرض في هذا الشأن تعيين مبدأ سريان الأجل وموعد انقضائه . فلا يدخل في حساب الأجل اليوم الذي يقع فيه الأمر الذي يضاف إليه بدء سريانه . فاذا جعل الأجل مثلا ثلاثة أيام بعد الوصول من رحلة ، فلا يدخل يوم الوصول في حساب هذا الأجل . ولتعيين موعد انقضاء الأجل يحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية إذا كان الميعاد بالأيام . أما إذا كان الميعاد بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين. فانه ينقضي في اليوم الذي يتفق في إسمه (الخميس مثلا) أو في تاريخه (كأول يناير مثلا) مع اليوم الذي بدأ فيه الميعاد ، بعد حساب عدد الأسابيع أو الشهور أو السنين . فاذا جعل الأجل مثلا ثلاثة أسابيع تبدأ من الخميس الثاني من شهر مارس ، كان موعد انقضائه الخميس الأول من شهر أبريل . وإذا جعل ثلاثة أشهر تبدأ من ٢٠ فبراير ، كان موعد انقضائه ٢٠ مايو . وإذا جعل ثلاث سنوات تبدأ من ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ ، كان موعد انقضائه ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٢ . وإذا كان الأجل شهرين يبدأ من ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، انقضى في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ ، لأن اليوم المقابل لليوم الذي بدأ فيه سريان الميعاد لا نظير له في الشهر الأخير ، وعلى هذا النحو ينقضي الميعاد في آخر يوم من فبراير أي في اليوم التاسع والعشرين لوقوع هذا الشهر في سنة كبيسة . وإذا كان الأجل نصف شهر ، اعتبرت مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر . فاذا جعل الأجل نصف شهر يبدأ من منتصف ليل أول فبراير ، اعتبر منقضياً في منتصف ليل ١٥ فبراير . وإذا جعل بدء سريان هذا الأجل منتصف ليل يوم ٢٠ مارس ، انقضى في منتصف ليل ٤ أبريل . ويراعى في جميع الأحوال أنه إذا كان آخر يوم من أيام الأجل يوم عطلة ، أو يوماً لا يتيسر فيه تنفيذ الالتزام من جراء أمر يقتضيه القانون ، فلا ينقضي الميعاد إلا في اليوم التالي(١) » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ في الهامش — وقد خاض تقنين الموجبات والعقود اللبناني في كل هذه التفصيلات ، فأورد النصوص الآتية : م ١٠٢ — إن مهلة الأجل تبتدىء من تاريخ العقد إذا لم يعين الفريقان أو القانون تاريخاً آخر . أما في الموجبات الناشئة من جرم =

٧١ — حلول الأجل بسقوط — نص قانونى : وقد يحل الأجل ، قبل انقضائه ، بالسقوط . وتنص المادة ٢٧٣ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى :

« يسقط حق المدين فى الأجل : »

« ١ — إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون » .

« ٢ — إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً » .

« ٣ — إذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات(١) » .

= أو شبه جرم فتبتدىء مهلة الأجل من تاريخ الحكم الذى يعين للتعويض الواجب على المديون . م ١٠٣ — إن اليوم الذى يكون مبدأ مدة الأجل لا يحسب . وإن الأجل المحسوب بالأيام ينتهى بانتهاء آخر يوم من مدة الأجل . م ١٠٤ — وإذا كان محسوباً بالأسابيع أو بالأشهر أو بالأعوام ، فيكون الاستحقاق فى اليوم المقابل بتسميته أو بترتيبه من الأسبوع أو الشهر أو العام لليوم الذى أبرم فيه العقد . م ١٠٥ — إذا كان الاستحقاق واقعاً فى يوم عطلة قانونية ، أرجىء إلى اليوم التالى الذى لا عطلة فيه .

أنظر أيضاً المواد من ٨٧ إلى ٨٩ من تقنين الالتزامات السويسرى — وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٢ — فقرة ١٠٠٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٢ .

على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت ، فى عهد تقنين المرافعات السابق ، بأن المادة ٢٠ من تقنين المرافعات التى تقضى بمد الميعاد إذا كان آخر يوم فيه يوم عطلة لا تطبق إلا فى مواد الإجراءات التى وردت فيها ، فلا تنطبق إذن على الأجل المتفق عليه فى العقد (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٤٦)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظى طفيف . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، واستبدلت عبارة « ضماناً كافياً » الواردة فى البند ٢ بعبارة « مايكمل التأمين » . وسأل أحد الأعضاء عن مدى ما تؤديه عبارة « إضعاف التأمين إلى كبير » : فأجيب « بأن مجرد الإضعاف لا يكفى لسقوط الأجل ، وإنما يكون بحيث تقل التأمينات عن قيمة الدين » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٢/١٥٦ ، وتكاد الأحكام تكون واحدة فى التقنينين(١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٠ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٩٥ — ٢٩٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ١١٣ — ١١٤(٢) .

= وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «ما لم يقدم المدين ضماناً كافياً» الواردة فى آخر البند ، بعبارة « ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ضماناً كافياً » ، لأن الإشارة إلى توقى السقوط تزيد فن البديهى أن المدين بتقديمه الضمان الكافى يتوقى السقوط ، وأصبحت المادة رقمها ٢٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩ — ص ٣٠ — وص ٣٢ — ص ٣٣) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١٠٢ / ١٥٦ : إذا تعهد المدين بشىء لأجل معلوم وظهر إفلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التى كانت محلا لوفاء التعهد ، فيستحق ذلك الشىء فوراً قبل حلول الأجل .

(ونص التقنين المدنى الجديد أوفى من الوجوه الآتية : (١) أضاف شهر الإعسار إلى شهر الإفلاس ، وكان الإعسار فى عهد التقنين المدنى السابق سبباً لإسقاط الأجل ، ولكن لم يكن خاضعاً لنظام الشهر القانونى الذى خضع له فى التقنين الجديد ، فكان الأمر فى هذا الشأن مضطربا . (٢) أضاف التقنين المدنى الجديد حالة ما إذا كان إضعاف التأمينات يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، ورتب على هذا الإضعاف أن يختار المدين بين سقوط الأجل وتقديم ضمان كاف . وكان هذا الحكم معمولا به فى التقنين المدنى السابق ، وورد فيه نص صريح فى حالة الرهن (م ٥٦٢ / ٦٨٦ وتقابل فى التقنين المدنى الجديد المادة ١٠٤٨) . (٣) أضاف التقنين المدنى الجديد حالة ما إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات ، وكان هذا الحكم معمولا به فى التقنين المدنى السابق دون نص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢٧٣ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٠ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن التقنين الليبى لم يذكر شهر الإعسار بين مسقطات الأجل لأنه لا يعرف نظام الإعسار) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٩٥ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى هو أيضا لم يذكر شهر الإعسار من مسقطات الأجل ، ولكنه نص فى مكان الإعسار على حلول الديون المؤجلة : أنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٦١ ص ١٠٧) .

=

والمفروض هنا أن الأجل أجل واقف ، أما الأجل الفاسخ فله أسباب يسقط بها فى أحوال معينة وردت فيها نصوص خاصة(١) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الأجل الواقف يسقط بأحد أسباب ثلاثة :

(١) شهر إفلاس المدين أو إعساره (٢) إضعاف التأمينات (٣) عدم تقديم التأمينات التى وعد بها المدين . يضاف إلى هذه الأسباب أسباب أخرى فى حالات خاصة ، كالموت وتطهير العقار المرهون . ونستعرض كل هذه الأسباب فيما يلى :

٧٢ — سقوط الأجل لشهر افلاس المدين أو اعساره : كان الأجل يسقط ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بشهر إفلاس المدين . وكذلك كان يسقط بأعسار المدين إعساراً فعلياً[٢] ، لأن هذا التقنين لم يكن يعرف نظام الإعسار

= م ٢٩٦ : الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ، ويحل بموت المدين ، إلا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية . (وفى التقنين المدنى المصرى لا يحل الدين بموت المدين إلا فى حالة تصفية التركة ، وقد استمد التقنين المدنى العراقى هذا الحكم من الفقه الإسلامى ومن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١١٣ : إن المديون الذى يستفيد من الأجل يسقط حقه فى الاستفادة منه : (١) إذا أفلس أو أصبح غير ملىء . (٢) إذا أتى فعلا ينقص التأمينات الخاصة المعطاة للدائن بمقتضى عقد عند إنشاء الموجب أو عقد لاحق له أو بمقتضى القانون . أما إذا كان النقص فى تلك التأمينات ناجماً عن سبب لم يكن المديون فيه مختاراً ، حق للدائن أن يطلب زيادة التأمين ، فإذا لم ينلها حق له أن يطلب تنفيذ الموجب حالا . (٣) إذا لم يقدم المديون للدائن التأمينات التى وعد بها فى العقد . (وهذه الأحكام مطابقة لما ورد فى التقنين المدنى المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى لايعرف نظام الإعسار فاقتصر على ذكر أن المدين أصبح غير ملىء . وغنى عن البيان أن المدين إذا أضعف التأمينات بفعله ، جاز للدائن ، فى التقنين اللبنانى ، بدلا من سقوط الأجل ، أن يطالب بتكملة التأمينات كما هو الأمر فى التقنين المصرى) .

م ١١٤ : إن وفاة المديون تجعل كل ما عليه من الموجبات ذات الأجل مستحقة الإيفاء ، ما عدا الديون المضمونة بتأمينات عينية . (وهذا النص يطابق فى الحكم المادة ٢٩٦ من التقنين المدنى العراقى السالفة الذكر) .

(١) أنظر فيما يلى فقرة ٧٨ فى الهامش .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٨٧٦ المجموعة الرسمية المختلطة ١ ص ١٢٥ — =

القانونى(١) . لذلك كان سقوط الأجل أكثر ما يلاحظ فى حالة شهر الإفلاس لأنها حالة نظمها القانون باجراءات ظاهرة، أما الإعسار الفعلى فكان أمراً خفياً لا يظهر للناس ، فقل أن يكون سبباً فى سقوط الأجل(٢) .

« الآن بعد أن نظم التقنين المدنى الجديد حالة الإعسار القانونى ووضع لها إجراءات ظاهرة، أصبح من اليسير فى هذا التقنين تطبيق الحكم القاضى باسقاط الأجل فى حالة الإعسار كما يطبق الحكم القاضى باسقاط الأجل فى حالة الافلاس(٣) .

= الزقازيق ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ — طنطا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٢٣/٣ ص ٢٥٦ — المنيا ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٨ ص ٦١ — شبين الكوم ٢٢ إبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٩/٢ و٣٠٢ ص ١٠٧٥ — أنظر عكس ذلك وأن الإعسار بخلاف الإفلاس لا يسقط الأجل فى التقنين المدنى السابق : مصر الكلية ١٤ مايو سنة ٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٩ ص ٣٤١ .

(١) جاء فى الموجز للمؤلف : « ويلحق بالإفلاس بالنسبة للتاجر الإعسار بالنسبة لغير التاجر . وحتى يثبت الإعسار يجب أن يصدر به حكم قضائى ، ويكون الإعسار ثابتاً من وقت صدور الحكم أوعلى أبعد تقدير من وقت رفع الدعوى لإثبات الإعسار » (الموجز فقرة ٤٨٨ — وانظر أيضاً الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤) — على أن بعض الأحكام كانت تذهب خطأ إلى أنه يكفى أن يضعف المدين بخطأه الضمان العام للدائنين دون أن يصل إلى حد الإعسار ودون أن يكون فى ذلك إضعاف لتأمين خاص : استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٧ .

(٢) أنظر فى سقوط الأجل بالإعسار الفعلى فى القانون الفرنسى وهو أيضاً لا يعرف الإعسار القانونى بودرى وبارد فقرة ١٠١٢ — فقرة ١٠١٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٢ — فقرة ٧٣٣ .

(٣) ويسقط الأجل حتى لو كان للدائن ضمان عينى يكفل الدين ، كرهن رسمى . فلا تزال للدائن مصلحة فى سقوط الأجل لاحتمال ألا يكون الضمان كافياً للوفاء بحقه فيتمكن من مزاحمة سائر الدائنين بالباقى من هذا الحق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٣) . ويسقط الأجل كذلك حتى لو كان أجلا غير معين ، فلو أن شخصاً أمن على حياته ثم أفلست شركة التأمين ، فإن أجل دفع مبلغ التأمين يحل بإفلاس الشركة . ولكن المؤمن على حياته يبقى ملتزماً بدفع أقساط التأمين إلى آخر حياته ، ولما كان لا يحصل إلا على جزء من مبلغ التأمين بسبب إفلاس الشركة ، فسيجد أن مصلحته هى فسخ عقد التأمين حتى لا يعرض نفسه للخسارة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٩) .

ويلاحظ أن المادة ٢٥٥ مدنى تقضى ، عندما يحل الدين بشهر الإعسار ، بخصم مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل ، وتقضى كذلك بأنه « يجوز للقاضى أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بابقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » . وقد تقدم بيان ذلك .

كذلك للمدين بعد إنهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم الوفاء بها إلى أجلها السابق ، متى كان أدى جميع ماحل من أقساطها ، كما سبق القول عند الكلام فى الإعسار (١).

وغنى عن البيان أن مجرد الإعسار الفعلى ، فى عهد التقنين المدنى الجديد ، لايكفى لإسقاط الأجل ، بل لابد من أن يكون الإعسار إعساراً قانونياً قد شهر بموجب الإجراءات التى قررها القانون فى هذا الصدد .

٧٣ — سقوط الأجل لإضعاف التأمينات : ويشترط فى هذا السبب من أسباب سقوط الأجل أن يكون للدين المؤجل تأمين خاص ، فلا يكفى أن يضعف المدين الضمان العام للدائنين وهو يتناول أمواله فى جملتها(٢) ، بأن يتصرف فى بعض من ماله(٣) ولو إلى حد الإعسار ، فان علاج ذلك هو

---

(١) أنظر المادة ٢٦٣ مدنى والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ — وأنظر الوسيط ٢ فقرة ٧٢١ .

(٢) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥١ — الزقازيق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ — ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٧ .

(٣) وتطبيقاً لهذا المبدأ لا يحل أجل الدين بالنسبة إلى سندات أصدرتها شركة للسكك الحديدية إذا باعت هذه الشركة بعض خطوطها ، فأضعفت بذلك التأمين العام لحملة هذه السندات . وكذلك لا يحل أجل الدين المترتب فى ذمة شركة تجارية ، ولم يستند الدائن فيه إلا على ملاءة الشركاء ، إذا حلت هذه الشركة أو صفيت وبيعت عقاراتها . وهذا على خلاف فى الرأى ، فهناك رأى فى فرنسا يذهب إلى حلول الدين إذا صفيت الشركة (أنظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بودرى =

أن يطلب الدائن شهر إعسار المدين . فاذا شهر الإعسار سقط الأجل ، ولكنه يسقط بسبب شهر الإعسار لا بسبب إضعاف التأمينات . ولا يجوز للدائن فى هذه الحالة ، قبل شهر الإعسار ، أن يستعمل الدعوى البولصية مادام الأجل قائماً لم يسقط . فقد قدمنا أن الدعوى البولصية تقتضى أن يكون الحق مستحق الأداء .

فلابد إذن من أن يكون هناك للدين المؤجل تأمين خاص(١) ، كرهن أو امتياز . ولا يهم مصدر هذا التأمين ، فقد يكون نفس العقد الذى نشأ منه الدين المؤجل ، بأن يكون رهناً رسمياً أو رهن حيازة أخذه الدائن ضماناً لحقه فى العقد الذى أنشأ هذا الحق . وقد يكون مصدر الرهن عقداً لاحقاً لعقد الدين أو لمصدره أياً كان هذا المصدر ، بأن اتفق الدائن مع مدينه بعد ثبوت الدين فى ذمة المدين على رهن لضمان هذا الدين . وقد يكون مصدر التأمين الخاص القانون ، كحق امتياز يكون ضامناً للدين المؤجل(٢) ، كما إذا كان البائع

= وبارد ٢ فقرة ١٠١٥ ص ١٨٦ هامش رقم ١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٣ هامش رقم ٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١) .
أما فى التقنين المدنى المصرى فيبدو أن الدين المؤجل لا يحل بتصفية الشركة ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ من هذا التقنين على أن « تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة » .

وإذا اقترض شخص مالا لأجل ، لتمويل مشروع معين ، ثم باع هذا المشروع وهو الضمان الوحيد للقرض ، فان أجل القرض يحل ببيع المشروع (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٩ – ص ١٣٠ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤) .

(١) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ – دسوق ١١ يوليه سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٢٢٥ – الزقازيق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص١١٨ – طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢/٢٢٣ ص٢٥٦ – المنشية ١٢ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٥٥/١ ص١٠٨٥ – شبين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم٥٤٩/١ ص١٠٧٥ – مصر الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٩/١ ص ٣٤١ .

(٢) وذلك فيما عدا حقوق الامتياز العامة فهذه تشمل جميع أموال المدين ، فلا يستساغ أن يحرم المدين من التصرف فى جميع أمواله (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ الأستاذ اسماعيل غانم أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤) .

قد أجل الثمن وله امتياز على المبيع فأضعف المشترى هذا التأمين الخاص(١) . ولا يتصور أن يكون هذا التأمين الخاص هو حق اختصاص مصدره القضاء ، فان المفروض فيما نحن بصدده أن الدين مؤجل ، والدين المؤجل لا يمكن أن يضمنه حق اختصاص ، إذ حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ ، وهذا يفترض حتما أن الدين مستحق الأداء(٢).

ثم لا بد من أن يكون هذا التأمين الخاص قد ضعف إلى حد كبير ، ومعنى ذلك أن يكون قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين ، كما ذكر ذلك صراحة فى لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد(٣) . إما أن يضعف ضعفاً يسيراً ، ويبقى بالرغم من ذلك كافياً لضمان الدين كفاية ملحوظة ، فذلك لا يبرر سقوط الأجل(٤) .

---

(١) ونشترط المادة ١١٨٨/٢ من التقنين المدنى الفرنسى أن يكون التأمين الخاص مصدره العقد ، ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن إضعاف تأمين خاص مصدره القانون كحق الامتياز يكفى لإسقاط الأجل (ديرانتون ١١ فقرة ١٢٥ — لارومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٨٥ — أنظر عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٢٠٢ — هيك ٧ فقرة ٢٨٨) . ويذهب فقهاء آخرون إلى التمييز بين حق امتياز يكون أساسه عقداً كرهن الحيازة وحق امتياز البائع فيكون إضعافه سبباً لإسقاط الأجل ، وحق امتياز ليس أساسه العقد فلا يكون فى إضعافه إسقاط للأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠ ص ٥١٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٤) .

(٢) ومن ذلك نرى أن ماورد فى المذكرة الايضاحية من المشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١) من أن التأمين الخاص يصح أن يكون حق اختصاص ليس بصحيح . قارن الأستاذ إسماعيل فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢ — وأنظر آنفاً فقرة ٧١ فى الهامش — ويعد إضعافاً للتأمين أن يهدم المنزل المرهون (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ — الأستاذ [illegible] حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) أو أن يباع المنزل المرهون ويعرض ثمنه للتوزيع (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٤) .

(٤) فلا يعد إضعافاً للتأمين أن يرتب المدين على العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهناً آخر ، حتى لو قيد الرهن الثانى قبل قيد الرهن الأول بإهمال الدائن ذى الدين المؤجل ، لأن إهماله لا فعل المدين هو الذى أضعف التأمينات ، ومن حق المدين أن يرهن العين المملوكة له مرة ثانية وثالثة الخ (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٢) . ولكن إذا تواطأ المدين مع الدائن المرتهن =

فاذا توافر هذان الشرطان — وجود تأمين خاص وإضعاف هذا التأمين إلى حد كبير — يبقى بعد ذلك أن نميز بين فرضين :

(١) فاما أن يكون هذا الإضعاف قد حدث بفعل المدين ، أى بخطأه . ولا يشترط أن يتعمد المدين إضعاف التأمين الخاص ، بل يكفى أن يكون قد قصر فى المحافظة عليه حتى ضعف(١) . وفى هذه الحالة يسقط الأجل ، إلا إذا اختار الدائن أن يطالب المدين بتكملة التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل إضعاف المدين له . ولا يكتفى الدائن هنا بالطالبة بتأمين كاف ، بل يطلب تكملة التأمين الأصلى ، فقد كان هذا التأمين من حقه والمدين هو الذى أضعفه بخطأه . وهذا الخيار مرهون بإرادة الدائن لا بإرادة المدين ، فاذا اختار الدائن تكملة التأمين

= الثانى ليعجل هذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول ، كان هذا إضعافاً للتأمينات بفعل المدين ، بل بغشه وتواطئه ، فيسقط الأجل .

ولا يعد إضعافاً للتأمين أن يبيع المدين العقار المرهون رهناً رسمياً لضمان الدين المؤجل ، سواء باع العقار كله أو باع جزءاً منه . ومع ذلك فقد يترتب على تجزئة العقار — فى حالة البيع الجزئى — إضعاف فعلى للتأمين ، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع ، فيترتب على هذا الإضعاف الفعلى إسقاط الأجل . وقد يترتب على البيع — الكلى أو الجزئى — أن يعمد الحائز للعقار إلى تطهير الرهن ، فلا يحصل الدائن المرتهن ذو الدين المؤجل على كل حقه ، فيكون التطهير سبباً فى إضعاف التأمين ، ويكون إضعاف التأمين سبباً فى إسقاط الأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥ — والتون ٢ ص ٣٧٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص ٤٩٧ هامش رقم ٢) .

ولا يعد إضعافاً للتأمين أن يزرع المدين الأرض المرهونة قطناً مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات ، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطى الدين إلى مدى بعيد (استئناف مختلط ٢ يونيه سنه ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧) .

(١) ويعتبر المدين قد أضعف بخطأه التأمين الخاص إذا هو أدخل فى طريقة استغلال العقار المرهون تعديلا من شأنه أن ينقص كثيراً من قيمة العقار ، أو هدم المنزل المرهون إلا إذا كان الهدم بغرض إعادة البناء (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥) . وإذا كان التأمين الخاص رهنا رسمياً على جزء شائع من عقار ، وفى أثناء القسمة رسا مزاد العقار كله على الشريك الآخر غير المدين الراهن ، فإن الرهن فى هذه الحالة يزول ولكن لا يعتبر أنه قد زال بفعل المدين إلا إذا كان المدين هو الذى طلب القسمة ، أو كان عنده سبب جدى ، لمعارضتها ولم يتقدم به ، أو كان قد تواطأ مع شريكه ليصل إلى هذه النتيجة . أما إذا كان لم يفعل شيئاً من ذلك ، فإن زوال الرهن لا يكون بفعله ، بل يكون لسبب لا دخل لإرادته فيه ، وتطبق الأحكام التى تتفق مع هذه الحالة وسنذكرها فيما يلى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦) .

وأكله المدين بقى الأجل على حاله ولم يسقط ، أما إذا يختر تكملة التأمين فان الأجل يسقط ويحل الدين(١) . ومن ثم يكون التزام المدين فى هذه الحالة التزاماً تخييرياً ، الخيار فيه للدائن ، فان الدائن يكون بالخيار إما أن يطالب المدين بالدين فوراً لسقوط الأجل وإما أن يطالب بتكملة التأمين(٢) . ويلاحظ أن الدين الذى حل بسقوط الأجل فى هذا الفرض لاينتقص منه ما يقابل الأجل ، لأن سقوط الأجل هنا كان بسبب خطأ المدين(٣) .

(٢) وأما أن يكون إضعاف التأمين الخاص يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه . فهو لم يحدث بخطأ منه ، بل حدث بفعل أجنبي أو بقوة

---

(١) وتذهب الأغلبية فى الفقه الفرنسى إلى أن سقوط الأجل لا يكون إلا بموجب حكم قضائى له أثر منشىء ، لا مجرد أثر كاشف ، فهو الذى يسقط الأجل ، ولا يسقط الأجل بحكم القانون (ديمولومب ٢٥ فقرة ٧٠١ — لوران ١٧ فقرة ٤١٥ — ماركاديه ٤ فقرة ٨٢٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٦) . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن الأجل يسقط بحكم القانون ، وعند النزاع يصدر حكم قضائى ليقرر سقوطه ، وهذا الحكم له أثر كاشف لا أثر منشىء (هيك ٦ فقرة ٢٨٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠ ص ٥١٩) . والظاهر من الرجوع إلى نص المادة ٢٧٣ مدنى أن القانون يقضى بسقوط الأجل ، فالأجل يسقط إذن بحكم القانون ، والحكم القضائى إنما يحسم النزاع فى هذا الصدد ، فهو كاشف لامنشىء .

(٢) أنظر المادة ٢٧٨ مدنى وسيأتى تفصيلها . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ . ويقول الأستاذ إسماعيل غانم : « ولا نرى الأخذ بهذا التفسير ، فإن إلزام المدين بالوفاء فى الحال أو بتقديم تأمين لا يعنى أن التزامه قد تعدد محله . فلا زال محل الالتزام واحداً ينحصر فى الأداء الذى التزم به من أول الأمر . أما إلزامه بتقديم تأمين فهو التزام آخر تابع للالتزام الأول . وليس هناك تعدد فى محل الالتزام الأول ، وإنما هما التزامان أحدهما تابع للآخر ، ولا ينشأ إلا بالشروط التى نصت عليها المادة ٢/٢٧٣ » (أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤ هامش رقم ٣) . وفى رأينا أن القانون ، عند ما يسقط الأجل بإضعاف التأمينات فيحل الدين ، ينشىء فى الوقت ذاته إلى جانب محل الالتزام الأصلى محلا آخر يمكن للدائن أن يختاره ، وهو تكملة التأمين الأصلى .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٣ — ومع ذلك إذا كان مبلغ الدين يتضمن رأس المال مضافاً إليه فوائده مدة الأجل ، وسقط الأجل بإضعاف المدين للتأمينات ، فإن الفوائد عن المدة التى سقطت من الأجل تخصم من مبلغ الدين ، حتى لا يجمع الدائن بين الانتفاع بالمدة التى سقطت من الأجل وبين الفوائد عن هذه المدة نفسها (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٩٧ — لوران ١٧ فقرة ٢١١ — لارومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٤) .

قاهرة أو حادث فجائى . فعند ذلك يسقط الأجل أيضاً كجزاء على ضعف التأمينات إلى هذا الحد الكبير الذى سبقت الإشارة إليه ، إلا أن المدين يستطيع أن يتوقى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن تأميناً كافياً لدينه يعوض عليه ما ضعف من التأمينات الأولى(١) . والالتزام هنا تخييرى أيضاً ،ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن على عكس الصورة السابقة(٢) . والسبب واضح ، فان ضعف التأمينات لم يكن بخطأ المدين ، فترك الأمر مرهوناً بارادته ، فاما أن يسلم بسقوط الأجل وإما أن يختار تقديم تأمين كاف . والمطلوب من المدين هنا هو تقديم هذا التأمين الكافى ، وليس تكملة التأمين الأصلى كما فى الحالة السابقة . فقد يكون التأمين الأصلى تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فلا يطلب من المدين أن يبلغه الحد الذى كان عليه ، بل يكفى أن يبلغه حداً يجعله تأميناً كافياً ولو لم يصل إلى حد التأمين الأصلى . وقد كان المشروع التمهيدى يقتضى أن يكمل المدين التأمين الأصلى ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص واكتفت بأن يقدم المدين « ضماناً كافياً »(٣) . ويلاحظ أن الدين الذى حل بسقوط الأجل ، فى هذه الحالة ، ينتقص منه مايقابل الأجل ، لأن سقوط الأجل لم يكن بخطأ المدين(٤).

---

(١) استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٧ — ويمكن استخلاص هذا الحكم من المبادىء العامة دون حاجة إلى نص خاص ، وهذا ما يفعله الفقه الفرنسى ، دون أن يكون فى التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الجزء الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى مصرى وهو الذى ينص على حالة ضعف التأمينات بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٩٠ — فقرة ٦٩٣ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٤ ص ٣٥٥) .

ويصدر حكم قضائى بسقوط الأجل فى هذه الحالة كما فى حالة إضعاف التأمينات بخطأ المدين ، ويكون هذا الحكم منشئاً أو كاشفاً على الخلاف الذى سبق أن أوردناه .

(٢) قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٢ — وقارن أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢ — وأنظر آنفاً فقرة ٧١ فى الهامش .

(٤) أنظر أيضاً المادة ١٨٣ مدنى وقد سبق ذكرها — هذا وإذا كان إضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه ، كما إذا كان دائناً مرتهناً رهن حيازة وأتلف العين المرهونة ، فغنى عن البيان أن الأجل لا يسقط لأن الدائن هو المسئول عن إضعاف التأمينات ، بل ويجوز للمدين أن يرجع عليه بتعويض إذا كان له محل .

وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه الأحكام تطبيقاً تشريعياً فى حالة ما إذا كان التأمين الخاص رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . فنى حالة الرهن الرسمى نصت المادة ١٠٤٨ مدنى (وتقابلها المادة ٦٨٦/٥٦٢ من التقنين المدنى السابق وهى تشتمل على نفس الحكم) على ما يأتى : « ١ — إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل(١) . وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين . ٣ — وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » . وفى حالة رهن الحيازة قضت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ مدنى بأن تسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٤٨ سالفة الذكر .

٧٤ — سقوط الأجل لعدم تقديم المدين لتأمين وعد به : وهنا يسقط الأجل بخطأ المدين، إذ يكون قد التزم للدائن بتقديم تأمين خاص لدينه، ثم أخل بهذا الالتزام ولم يقدم التأمين الموعود به (٢). فيسقط الأجل فى هذه الحالة

---

(١) ويلاحظ أن المشرع هنا لم يميز بين حالتى إضعاف المدين للتأمينات وضعف التأمينات لسبب أجنبى من حيث التأمين الذى يجب تقديمه، فنى الحالتين يقدم المدين تأميناً كافياً . وقد رأينا فى القاعدة العامة أن المدين فى الحالة الأولى يطالب بتكملة التأمين الأصلى ولو كانت قيمة هذا التأمين أعلى بكثير من الدين ، وفى الحالة الثانية لا يطالب إلا بتقديم تأمين كاف .

(٢) وفى التقنين المدنى السابق لم يكن يوجد نص فى هذه الحالة ، ولكن الحكم كان معطبقاً دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة (استئناف مختلط ٣٠ نوفبر سنة ١٩١١م ٢٤ ص ٢٨ — مصر الكلية الوطنية ٢ نوفبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص ٤٠٧ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) .

وفى التقنين المدنى الفرنسى لا يوجد نص صريح فى هذه الحالة ، ولكن الفقه والقضاء فى فرنسا يذهبان مع ذلك إلى أن عدم تقديم التأمين الخاص الموعود به يسقط الأجل ، قياساً على =

دون أن ينتقص من الدين شيء فى مقابلة سقوط الأجل ، لأن الأجل ، كما قدمنا ، قد سقط بخطأ المدين . يستطيع الدائن ، بعد سقوط الأجل وحلول الدين واستصدار حكم واجب التنفيذ به ، أن يحصل بموجب هذا الحكم على حق اختصاص على عقارات المدين ، يحل محل التأمين الخاص الذى كان المدين قد وعده به دون أن يفى بوعده .

ويلاحظ أن الدائن ذا الحق المؤجل، حتى لو لم يكن له تأمين خاص أصابه ضعف ، وحتى لو لم يكن موعوداً بتأمين خاص لم يقدم ، له أن يطالب المدين بتأمين خاص إذا خشى إفلاسه أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول (م ٢/٢٧٤ مدنى) . فاذا لم يقدم المدين التأمين الخاص الذى يوجبه القانون ، كان هـذا سبباً فى سقوط الأجل ، قياساً على حالة التأمين الموعود به والذى لم يقدم ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) . فالالتزام بتقديم تأمين خاص قد يكون مصـدره الاتفاق أو القانون ، ويكون مصدره القانون فى الحالة التى نحن بصددها . وأياً كان مصدره ، فان الإخلال به يكون سبباً فى سقوط الأجل(٢) .

= حالة إضعاف التأمين الخاص . ذلك أن من لم يقدم تأميناً خاصاً وعد به لا يكون فحسب قد أضعف التأمين ، بل هو قد أعدمه أصـلا ، فن باب أولى يسقط الأجـل (ديرانتون ١١ فقرة ١٢٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص١٢٩ — لاروميير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٧٧ — لوران ٢٧ فقرة ٢٠٤ — هيك ٧ فقرة ٢٨٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠) . وإذا وعد المدين بتقديم تأمين معين — رهن مثلا — فلا يستطيع بارادته وحده أن يحل محله تأميناً آخر ولو كان كافياً أو معادلا ككفالة . وإذا وعد بتقديم شخص معين كفيلا فلا يستطيع كذلك أن يقدم شخصاً آخر ولو كان مليئاً مثله (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٧٨ — لاروميير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥١١ — جولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٤ ص ٤٥٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) أنظر فى أسباب سقوط الأجل الثلاثة السالفة الذكر ، شهر الإفلاس أو الإعسار وإضعاف التأمينات أو ضعفها وعدم تقديم التأمين الموعود به ، المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ — ص ٣٢ .

٧٥ – سقوط الأجل لأسباب أخرى : قدمنا أن موت المدين(١) قد يكون سبباً لسقوط الأجل . وقد ورد نص صريح فى كل من التقنين المدنى العراقى (م ٢٩٦) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م١١٤) يقضى بأن الدين يحل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية . أما فى التقنين المدنى المصرى فالأصل أن الدين لا يحل بموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلا فى التركة . ومع ذلك إذا عين للتركة مصف (أنظر المادة ٨٧٦ مدنى وما بعدها)، فأنه يجوز للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن ، مراعية فى ذلك إعلان الدائن بسقوط الأجل – بشرط أن يكون قد انقضى منه ستة أشهر على الأقل – وأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . هذا إذا كان فى الأجل مصلحة للدائن (م٨٩٤ و م٥٤٤ مدنى) . أما إذا لم تجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، فان الدين يبقى مؤجلا على حاله ، وتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة على الورثة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث (٢) .

ويسقط الأجل أيضاً بموجب نصوص قانونية فى حالات خاصة ، كما فى التطهير (أنظر المادة ١٠٦٤ مدنى وما بعدها) .

وسنرى أنه إذا كان الأجل قضائياً – نظرة الميسرة – فأنه يسقط لأسباب أخرى فوق التى قدمناها ، فيسقط بالمقاصة القانونية ، ويسقط كذلك باقتدار المدين على الوفاء بدينه ، ويسقط أخيراً إذا نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على أموال المدين . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى نظرة الميسرة (٣) .

---

(١) أما موت الدائن فلا يكون سبباً لحلول الدين ، بل يبقى المدين ملتزماً نحو ورثة دائنه ، وينتقل الدين إلى هؤلاء بالميراث مؤجلا كما كان فى حياة الدائن المورث .

(٢) أنظر المادة ٨٩٥ فقرة أولى مدنى . وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة ما يأتى : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فان استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » .

(٣) هذا ويجوز للدائن أن ينزل عن حقه فى التمسك بسقوط الأجل ، ويعتبر نزولا ضمنياً أن –

وهناك حالة هى عكس الحالة التى يسقط فيها الأجل ، إذ فيها يحل الأجل فعلا ولكن لا يعتبر مع ذلك أنه قد حل لأن حلوله إنما حدث بطريق الغش من الدائن (١) . ويقع ذلك فى التأمين على الحياة إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته . فان الدائن فى هذه الحالة يتعجل حلول الأجل بانتحاره عمداً ، فلا يعتبر الأجل قد حل ، وتبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين. وقد ورد فى هذا الحكم نص صريح فى التقنين المدنى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٦ على أن «تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته» . كذلك إذا كان الدائن بمبلغ التأمين هو شخص غير المؤمن على حياته، فانه لا يستحق مبلغ التأمين إذا تسبب عمداً فى موت المؤمن على حياته ، لأنه يكون قد تعجل غشاً حلول الأجل ، فيعتبر الأجل غير حال بالرغم من حلوله فعلا . ويستوى فى ذلك أن يكون التأمين على حياة شخص غير المؤمن له أو يكون لصالح شخص غير المؤمن له . ونص المادة ٧٥٧ دال فى هذا الصدد على ما يأتى : «١ — إذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له ، برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً فى وفاة ذلك الشخص، أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه . ٢ — وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له ، فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً فى وفاة الشخص المؤمن على حياته ، أو وقعت الوفاة بناء

= يكون بسبب ضعف التأمينات مترقعاً قبل حصوله . فالدائن الذى يرتهن نصيباً شائعاً ، ويتوقع تبعاً للظروف والملابسات طلب القسمة من أحد الشركاء غير المدين وما ينطوى عليه هذا الطلب من احتمال زوال الرهن ، يكون قد نزل نزولا ضمنياً عن حقه فى التمسك بسقوط الأجل إذا تحقق هذا الاحتمال (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٣ ص ٣٥٠ وفقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦ — استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٢ ص ٢٥) .

وانظر فى أن سقوط الأجل بالنسبة إلى المدين الأصلى لا يترتب عليه سقوطه بالنسبة إلى مدين متضامن ولا إلى كفيل شخصى ولو كان متضامناً ولا إلى كفيل عينى ، ولكن يسقط الأجل بالنسبة إلى حائز العقار المرهون : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١٣ وفقرة ١٠١٧ وفقرة ١٠٣٩ — فقرة ١٠٤٠ — طنطا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٢٣ ص ٢٥٦ .

(١) ويقابل ذلك اعتبار الشرط قد تخلف إذا عمل الدائن على تحقيقه غشا . ولكن يلاحظ أن الأجل يعتبر أنه قد تخلف على سبيل التجوز ، فإن الأصل فى الأجل أن يكون محقق الوقوع ، فاعتباره متخلفا فى حالة خاصة لا يبرره إلا غش الدائن .

على تحريض منه . فاذا كان ما وقع من هذا الشخص مجرد شروع فى إحداث الوفاة ، كان للمؤمن له الحق فى أن يستبدل بالمستفيد شخصاً آخر ولو كان المستفيد قد قبل ما اشترط لمصلحته من تأمين » .

٧٦ — حلول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه : وقد يحل الأجل قبل انقضائه ، لا بسقوطه فى الأحوال التى تقدم ذكرها ، بل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه ، المدين أو الدائن .

لذلك ينبغى . لمعرفة ما إذا كان النزول عن الأجل صحيحاً ، أن نتبين من له مصلحة فيه من الطرفين ، هل هو المدين أو هو الدائن ، وأيهما كانت له المصلحة يجوز له النزول عن الأجل لأنه إنما ينزل عن مصلحة له (١) .

وقد كان المشرع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة هو نص المادة ٣٩٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ — يفترض فى الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين ، إلا إذا تبين من العقد أو من نص فى القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً . ٢ — إذا تمحض الأجل لمصلحة أحد الطرفين ، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بارادته المنفردة » (٢) . وقد حذفت

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٠ — ٢ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٥ — ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣ (جواز التمسك بالمقاصة بين دين مؤجل سقط الأجل بالنزول عنه ودين حال) .

أما الأجل الفاسخ فالأصل فيه أنه لمصلحة الدائن ، ولذلك يجوز له وحده أن ينزل عنه بإرادته المنفردة . على أن الأجل الفاسخ قد يكون لمصلحة الطرفين كما فى الإيجار (إذا سلمنا بالأجل الفاسخ فى العقود الزمنية) ، فلا يجوز النزول عنه أو عن بعضه إلا باتفاق الطرفين . وقد يكون العقد غير لازم — كالوكالة — فيجوز للموكل أن يعزل الوكيل قبل انتهاء الأجل ، كما يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة قبل انتهاء الأجل كذلك ، على أن الوكالة إذا كانت بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، وإذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧١ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١) .

(٢) ويقابل هذا النص المادة ١٠١ / ١٥٥ من التقنين المدنى السابق ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان التعهد أجلياً ، جاز للمتعهد الوفاء قبل حلوله إلا إذا كان العقد يمنع =

هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادىء العامة »(١)، من أجل ذلك يكون هـذا الحكم واجب التطبيق بالرغم من حذف النص . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيـدى شرح واف لهذا الحكم نقتصر على إيراده فيما يلى : « قد يضرب الأجل لمصلحة المدين وحده ، كما هو الشأن فى عارية الاستهـلاك بغير فائدة وعارية الاستعمال ، أو لمصلحة الدائن وحده ، كما هى الحـال فى الوديعة (٢) . أو لمصلحة الدائن والمدين معاً ، كما يقع ذلك فى القرض بفائدة . ويفترض عند الشك أن الأجل مضروب لمصلحة المدين وحـده (٣) . ومع ذلك فقد يستفاد من العقد كما يقع ذلك فى القرض

= ذلك » . وبالرغم من غموض هذا النص ، فإنه كان يفسر بالمعنى الواضح الذى أتى به التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٤ وهى مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى .

ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى النصوص الآتية : م ١٠٩ إن الأجل المؤجل موضوع لمصلحة المديون ، إلا إذا استنتج العكس من الأحوال أو من نص العقد أو ماهيته أو القانون .

م ١١٠ — إذا كان الأجل موضوعاً لمصلحة الدائن أو لمصلحة الفريقين المشتركة ، فهو يمنع المديون من التنفيذ الاختيارى للموجب .

م ١١٢ — إن الفريق الذى يستفيد وحده من الأجل يمكنه أن يتنازل عنه بمجرد مشيئته .

م ٣٠٣/١ — لا يجوز إجبار الدائن على قبول الإيفاء قبل الأجل ، إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المديون وحده .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ فى الهامش .

(٢) ومع ذلك فإن المادة ٧٢٢ مدنى تنص على أنه « يجب على المودع عنده أن يسلم الشىء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع أن يتسلم الشىء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧١ ص ٢٤٢ هامش رقم ٢ — وانظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القـانون المدنى العراقى فقرة ١٥٢) .

(٣) حتى لو كان الدين تجارياً ، وإن كانت الديون التجارية يستخلص فيها بسهولة أن الأجل لمصلحة الطرفين معاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٢ — فقرة ٩٨٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٣ — وانظر عكس ذلك وأن الأجل فى الديون التجارية مفروض فيه أنه لمصلحة الطرفين معاً : توليه ٦ فقرة ٦٧٩ — لاروميير ٣ م ١١٨٧ فقرة ٤) . وقد نصت

بفائدة(١))، أو من نص القانون كما هو الشأن فى حق الانتفاع والإيراد المرتب مدى الحياة ،أو من الظروف كما هى الحال فى ودائع المصارف ، إن الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الدائن والمدين معاً . فاذا كان الأجل مضروباً لمصلحة الدائن والمدين معاً، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتنازل عنه، بل يشترط لذلك تراضيهما. أما إذا كان الأجل على نقيض ذلك مضروباً لمصلحة أحد الطرفين ، فلمن شرط الأجل لمصلحته، دائناً كان أو مديناً ، أن ينزل عنه بارادته المنفردة. وتفريعاً على هذه القواعد لا تجوز الإقالة من الإجارة (وهى لمصلحة الطرفين) قبل انتهاء الأجل إلا بتراضى المؤجر والمستأجر ، ويجوز للمستعير فى عارية الاستعمال (وهى لمصلحة المستعير وحده) أن يرد الشيء قبل الأجل المحدد ، ويجوز للمودع (والوديعة لمصلحته وحده) أن يطالب برد ما استودع قبل انقضاء أجل الإيداع » (٢).

= المادة ١٤٥ من التقنين التجارى على أنه «لا يجبر حامل كمبيالة على استلام قيمتها قبل الاستحقاق». وانظر نفس القاعدة ، فى السندات تحت الإذن والسندات لحاملها ، فى المادة ١٨٩ من التقنين التجارى وهى تحيل على القواعد المطبقة فى الكمبيالات . ففى الكمبيالات والسندات ، دون غيرها من المسائل التجارية ، يفرض القانون أن الأجل مشترط لمصلحة الطرفين .

وإذا أصدرت شركة أو شخص معنوى عام (الدولة أو إحدى البلديات مثلا) سندات وذكرت أنها تستهلك بطريق القرعة فى مواعيد معينة، لم يستطع من أصدر هذه السندات أن يستهلكها قبل المواعيد المحددة وبطريقة القرعة المعينة إلا إذا كان الأجل لمصلحته وحده لا لمصلحة الطرفين ، ومعرفة ما إذا كان الأجل فى هذه الحالة لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الطرفين مسألة واقع يستخلصها قاضى الموضوع من الظروف دون رقابة عليه من محكمة النقض (أنظر فى هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٢ ص ٣٤١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٣٠٣ ص ٥١٣ هامش رقم ١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٩ — جوسران ٢ فقرة ٧٢٥ ص ٣٩٧) .

(١) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٤ ص ١٥١ هامش رقم ٢ — وقد يكون القرض بفائدة بين شخصين تربطهما علاقة وثيقة وأراد المقترض تقديم خدمة للمقترض، عندئذ يستطيع قاضى الموضوع أن يستخلص أن الأجل ، وإن كان القرض بفائدة ، لمصلحة المدين وحده ، فيستطيع هذا أن ينزل عنه . كذلك ليس كل دين بفائدة يكون الأجل فيه حتماً لمصلحة الطرفين ، فالمشترى بثمن مؤجل وبفائدة قد يكون الأجل لمصلحته وحده ، فله فى هذه الحالة أن ينزل عن الأجل وأن يعجل الثمن فلا يدفع الفائدة عن المدة الباقية من الأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨١ والهامش رقم ٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ هامش رقم ١ .

على أن التقنين المدنى — استثناء من الأحكام المتقدم ذكرها — وضع قاعدة فى القرض بفائدة أجاز فيها للمدين ، دون رضاء الدائن ، أن ينزل عن الأجل بشروط معينة ، مع أن الأجل مقرر لمصلحة كل من المدين والدائن ، فكان الواجب ألا يجوز للمدين وحده أن ينزل عنه بغير رضاء الدائن ، وذلك إمعاناً من المشرع فى كراهية الربا . وقد وضع القانون لحق المدين فى النزول عن الأجل دون رضاء الدائن شروطاً فيها بعض التعويض على الدائن : (١) أن يكون قد انقضى على القرض ستة أشهر على الأقل يتقاضى فيها الدائن الفوائد المستحقة . (٢) أن يعلن المدين الدائن برغبته فى اسقاط الأجل ورد ما اقترضه . (٣) أن يتم الرد فعلا فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . (٤) أن يؤدى الدائن للمدين فوائد ستة الأشهر التالية للإعلان(١) . وهذا ماتنص عليه المادة ٥٤٤ مدنى فى هذا الصدد : « إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين ، إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على اسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه »(٢) .

---

(١) وفى فرنسا صدر تشريع استثنائى (قانون ١٦ يوليه سنة ١٩٣٥ وأكمل بمرسوم بقانون فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥) لا يطبق إلا على الديون المدنية والتجارية السابقة على نفاذه ، ويقضى بجواز تعجيل دفع الدين قبل الأجل ولو كان ينتج فوائد ، دون حاجة إلى رضاء الدائن . واشترط هذا التشريع شروطاً تتعلق بوجوب إخطار الدائن بالدفع المعجل وانقضاء أربعة أسابيع على الأقل بعد الإخطار إلا إذا كان العقد الأصلى ينص على مدة أطول ، ويجوز أن يكون الوفاء المعجل جزئياً بشرط ألا يقل عن ربع الدين . وقد قصد التشريع أن يهيىء السبيل لمن استدان بفائدة مرتفعة — أثناء أزمة اقتصادية — أن يفى بالدين قبل حلول أجله ، ولو عن طريق اقتراض ما يفى به الدين بفائدة أقل (أنظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٧ مكررة — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٥١ — فقرة ١٠٥٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٥) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى المادة ٥١٢ من التقنين المدنى السورى (وهى مطابقة) والمادة ٥٤٣ من التقنين المدنى الليبى (وهى مطابقة) والمادة ٧٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ونصها ما يأتى : لا يجوز إجبار المقترض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى =

وليس لحلول الأجل الواقف أثر رجعى كما هو الأمر فى تحقق الشرط الواقف . فلا يعتبر الحق نافذاً من وقت الاتفاق ، بل من وقت حلول الأجل . وهذا مستفاد من أن الأجل أمر محقق الوقوع ، ويتفق فى الوقت ذاته مع نية الطرفين(١) .

٧٨ — **الأجل الفاسخ** : وهنا أيضا نتجوز فنعتبر أن العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ . فاذا حل الأجل ، بانقضائه أو بسقوطه(٢) أو بالنزول عنه ، فان الحق ينقضى من تلقاء نفسه بحلول الأجل دون حاجة إلى حكم يصدر بذلك (٣) . ويجوز للطرفين مد الأجل غير مرة ، ولكن المد يكون باتفاق جديد (٤) .

ويترتب على أن الحق يزول بحلول الأجل أن جميع التصرفات التى أجراها صاحب الحق تزول بزواله ، فالإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار مثلا يزولان بزوال الإيجار الأصلى . ويزول الحق بحلول الأجل حتى لو كان قد انتقل من الدائن إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ .

(٢) ويمكن تصور سقوط الأجل الفاسخ ، إذا تجوزنا وسلمنا بهذا الأجل فى العقود الزمنية ، فى بعض الحالات الخاصة ، نذكر منها على سبيل المثال : (ا) إذا مات المستأجر ، فإنه يجوز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم (م ٦٠١/٢ مدنى) . (ب) إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد (م ٦٠٢ مدنى) . وانظر أيضاً فى الإيجار المواد ٦٠٣ و ٦٠٤ و ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦٠٩ . (ح) يجوز للمعير أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية فى الأحوال الآتية : ١ — إذا عرضت له حاجة عاجلة للشىء لم تكن متوقعة . ٢ — إذا أساء المستعير استعمال الشىء أو قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه . ٣ — إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ مدنى) . ٤ — تنتهى العارية بموت المستعير ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيرذلك (م ٦٤٥ مدنى) .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٦٩ — لوران ١٧ فقرة ١٧٩ — هيك ٧ فقرة ٢٨٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ .

(٤) هيك ٧ فقرة ٢٨٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ .

ويكون انقضاء الحق بحلول الأجل دون أثر رجعى ، بخلاف ما قررناه فى تحقق الشرط الفاسخ ، فيعتبر الحق قد انقضى من وقت حلول الاجل لا من وقت الاتفاق ، وبذلك يتميز الحق المقترن بأجل فاسخ عن الحق المعلق على شرط فاسخ . فالحق الأول يعتبر موجوداً قبل حلول الأجل ، أما الحق الآخر فيعتبر قد زال منذ البداية وكأنه لم يكن . وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ مدنى صراحة إلى انعدام الأثر الرجعى لحلول الأجل الفاسخ ، فنصت على أنه « يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى (١) .

ooo

٧٩ — مقارنة بين الشرط والاجل : بعدأن بسطنا أحكام كل من الشرط والأجل ، نعقد مقارنة موجزة بينهما . فهناك موافقات . كما أن هناك مفارقات .

أما الموافقات الجوهرية فتتلخص فى أمرين :

(١) أن كلا من الشرط والأجل أمر مستقبل .

(٢) وأن كلا منهما ينقسم إلى واقف وفاسخ ، هذا مع التجوز المعهود فى الأجل الفاسخ فيما يتعلق بالعقود الزمنية .

وأما المفارقات الجوهرية فتتلخص فى الأمور الآتية :

(١) الشرط أمر غير محقق الوقوع ، أما الأجل فأمر محقق الوقوع .

(٢) الحق المعلق على شرط واقف حق موجود ولكنه ناقص . أما الحق المقترن بأجل واقف فحق موجود كامل الوجود .

(٣) الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال . أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال .

(٤) لتحقق الشرط ، كقاعدة عامة ، أثر رجعى ، أما حلول الأجل فليس له هذا الأثر .

---

(١) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ — ص ٣٥ .

وترد كل هذه الفروق إلى فكرة واحـدة ، هى أن الشرط أمر غير محقق الوقوع : ومن ثم فالحق المعلق على شرط واقف حق ناقص ، والحق المعلق على شرط فاسخ حق على خطر الزوال . ولتحقق الشرط أثر رجعى تأولا لنية الطرفين أمام أمر غير محقق الوقوع . والأجل أمر محقق الوقوع . ومن ثم فالحق المقترن بأجل واقف حق كامل الوجود ، والحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد الزوال ، وليس لحلول الأجل أثر رجعى إذ لا محل لتأول نية الطرفين على هذا الوجه أمام أمر محقق الوقوع .

الباب الثاني

تعدد محل الالتزام

٨٠ — الالتزام متعدد المحل والالتزام التخييرى والالتزام البدلى :
قد يتعدد محل الالتزام ، فيكون هذا التعدد وصفاً (modalité) فى الالتزام (١). والالتزام الموصوف على هذا النحو أنواع ثلاثة : (١) التزام متعدد المحل (obligation conjointe) (٢) والتزام تخييرى (obligation alternative) (٣) والتزام بدلى (obligation facultative) (٢) .

---

(١) أما إذا كان المدين ملزماً بأداءات (prestations) متعددة ، كل منها متميز عن الآخر ، كان هناك التزامات متعددة ، وليس محالا متعددة لالتزام واحد ، حتى لو كان لهذه الالتزامات المتعددة مصدر واحد ، وذلك كعقد البيع ينشىء فى جانب البائع التزامات متعددة ، منها التزام بنقل الملكية ، ومنها التزام بالتسليم ، ومنها التزام بضمان الاستحقاق ، ومنها التزام بضمان العيوب الخفية (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨) .

(٢) وقد يتعدد المحل ومع ذلك يتكون من جميع المحال وحدة مقصودة ، كبيع مجموعة من الصور وغرفة للطعام أو للنوم أو للاستقبال ونحو ذلك ، فهنا يكون الالتزام ذا محل واحد لا يتجزأ . وكذلك قد يكون محل الالتزام واحداً ولكن تتفرق أجزاؤه ، كبيع كتاب من أجزاء متعددة ، ويكون الالتزام هنا من باب أولى ذا محل واحد لا يتجزأ . ويلاحظ إن عدم تجزئة المحل فى الصورتين المتقدمتين ليس هو عدم التجزئة الذى سنبحثه فى تعدد أطراف الالتزام ، فان عدم تجزئة المحل لايكون وصفاً فى الالتزام يقتضى أحكاماً خاصة به إلا إذا تعددت أطراف الالتزام من مدين أو دائن ، أما عدم تجزئة المحال المتعددة مع بقاء كل من المدين والدائن واحداً لايتعدد فليس إلا تعبيراً آخر للقول بأن الوفاء الجزئى لايجوز ، وهذا أيضاً صحيح حتى لو كان محل الالتزام شيئاً واحداً ، تفرقت أجزاؤه أو لم تتفرق (أنظر فى هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢) .

ويقول أوبرى ورو : إذا التزمت باعطاء حصانى وبقرتى فالالتزام متعدد المحل ، ويكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت باعطاء المواشى التى أملكها ، وكذلك يكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت برد رأس المال مع فوائده (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨ هامش رقم ١) .

فالالتزام متعدد المحل هو التزام واحد ولكنه ذو محل متعدد . كالمتقايض يلتزم باعطاء المتقايض معه أرضاً ومعدلا (soulte) للمقايضة هو مبلغ من النقود فى مقابل أن يعطيه المتقايض الآخر داراً. فهنا يلتزم المتقايض الأول باعطاء المتقايض معه أرضاً ومبلغاً من النقود ، فالتزامه واحد مصدره عقد المقايضة . وهو فى الوقت ذاته متعدد المحل لأن المدين ملتزم أن يعطى شيئين لا شيئاً واحداً: الأرض ومبلغ النقود. وليس لهذا النوع من الوصف أثر كبير فى الالتزام ، ولا توجد فروق هامة ما بين الالتزام متعدد المحل و لالتزام ذى المحل الواحد. ففى الالتزامين يجب على المدين أن يؤدى للدائن محل الالتزام كاملا إذا كان واحداً ، أو جميع محال الالتزام إذا كانت متعددة ، ولا تقبل التجزئة فى الوفاء (paiement partiel) ، فلا تجوز تأدية جزء من المحل الواحد أو محل من المحال المتعددة دون رضاء الدائن . والهلاك الجزئى – بأن يهلك جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة – حكمه واحد فى الالتزامين ، وينقسم فى كل منهما الثمن أو المقابل أيا كان على الجزء الهالك والجزء الباقى وفقاً لأحكام الهلاك الجزئى . ويجوز فسخ العقد فى الحالتين إذا بقى جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة دون وفاء (١) . على أن الالتزام ذا المحل الواحد يكون عقاراً أو منقولا تبعاً لطبيعة هذا المحل ، ففى المثل المتقدم يكون التزام المتقايض الآخر – وقد التزم باعطاء دار – عقاراً . أما الالتزام ذو المحل المتعدد فيكون عقاراً أو منقولا تبعاً لطبيعة المحال المتعددة جميعاً ، وقد يكون بعضها عقاراً أو بعضها منقولا كما فى حالة المتقايض إذا التزم باعطاء أرض ومبلغ من النقود ، فيكون الالتزام لا عقاراً محضاً ولا منقولا محضاً بل هو مختلط (mixte) بعضه عقار وبعضه منقول(٢) .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ .

(٢) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٥ — لوران ١٧ فقرة ٢٢٤ — فقرة ٢٢٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٧ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٤ .

والفقه الإسلامى يعنى عناية خاصة بالالتزام ذى المحل المتعدد ، ويميز تمييزاً واضحاً بين التزام محله أشياء متعددة كلها واجبة الأداء وبين التزام محله أشياء متعددة أحدها وحده هو الواجب الأداء بحسب اختيار المدين ويسمى هذا بخيار التعيين (البدائع جزء ٥ ص ١٥٦ – ص ١٥٨) . وسنعود إلى خيار التعيين عند الكلام فى الالتزام التخييرى .

أما الالتزام الذى يكون محله أشياء متعددة كلها واجبة الأداء فيفصل الفقه الإسلامى أحكامه فى كثير من الأسباب ، ويحرص فيه بوجه خاص على عدم تفريق الصفقة ، ثم إذا هى تفرقت مع

والالتزام التخييرى هو التزام متعدد المحل ، ولكن واحداً فقط من هذه

=يحرص على عدم جهالة الثمن فيما تفرقت الصفقة فيه . « فاذا أوجب (البائع) فى العبدين فقبل (المشترى) فى أحدهما ، بأن قال البائع للمشترى بعت منك هذين العبدين بألف درهم ، فقال المشترى قبلت فى هذا العبد وأشار إلى واحد معين ، لا ينعقد ، لأن القبول فى أحدهما تفريق الصفقة على البائع ، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لايملك المشترى تفريقها قبل التمام . لأن من عادة التجار ضم الردىء إلى الجيد ترويجاً للردىء بواسطة الجيد ، فلو ثبت للمشترى ولاية التفريق لتبل فى الجيد دون الردىء ، فيتضرر به البائع والضرر منفى . ولأن غرض الترويج لايحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً ، فلا يكون راضياً بالقبول فى أحدهما . ولأن القبول فى أحدهما يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس . . . ثم إذا قبل المشترى بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع ، فان اتصل به الإيجاب من البائع فى المجلس فينظر : أن كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن جاز ، وإلا فلا . بيانه أنه إذا قال بعت منك هذين الكرين بعشرين ، بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين . وكذلك إذا قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم . فقبل المشترى فى أحدهما وبين ثمنه ، فقال البائع بعت ، يجوز . فأما إذا لم يبين ثمنه لايجوز ، وإن ابتدأ البائع الإيجاب . بخلاف مسألة الكرين وسائر الأشياء المتماثلة ، لما ذكرنا أن الثمن فى المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء ، فكان حصة كل واحد معلوماً . وفيما لامثل له لاينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لانعدام تماثل الأجزاء ، وإذا لم ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة ، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع . هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين ، بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم . فأما إذا بين بأن قال بعت منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة ، فقبل المشترى فى أحدهما دون الآخر ، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشترى ، بل البائع هو الذى فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة ، وعلم أنه لا ضرر له فيه ، ولو كان فهو ضرر مرضى به وأنه غير مدفوع » (البدائع جزء ٥ ص ١٣٦ — ص ١٣٧) .

ويمضى الفقه الإسلامى — من حيث تكوين العقد أيضاً — بفكرة أن الالتزام ذا المحل المتعدد ، وهو صفقة واحدة ، إذا داخله بطلان فى بعض محاله المتعددة ، قد يختل باختلال وحدة الصفقة . فلو جمع البائع « بين ما هو مال وبين ما ليس بمال فى البيع ، بأن جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة ، وباعهما صفقة واحدة ، فإن لم يبين حصة كل منهما من الثمن ، لم ينعقد العقد أصلا بالإجماع . وأن بين ، فكذلك عند أبى حنيفة . وعندهما (أى عند أبى يوسف ومحمد صاحبى أبى حنيفة) يجوز فى العصير والعبد والذكية ، ويبطل فى الحر والخمر والميتة ... وجه قولهما أن الفساد بقدر المفسد لأن الحكم يثبت بقدر العلة ، والمفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم على خصوص العلة ، فلو جاء الفساد إنما يجىء من قبل جهالة الثمن ، فإذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضا ... ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن الصفقة واحدة وقد فسدت فى أحدهما فلا تصح فى الآخر ، والدليل على أن الصفقة واحدة أن لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشترى واحد ، وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة ، دل على أن الصفقة واحدة . وقد فسدت فى أحدهما بيقين لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين : فلا يصح فى الآخر لاستحالة كون =

المحال المتعددة هو الواجب الإداء ، لا المحال جميعاً كما فى الصورة السابقة . فاذا التزم شخص لآخر باعطائه إما أرضاً أو سيارة ، كان الالتزام هنا تخييرياً ، وكان محل الالتزام هو الأرض أو السيارة بحسب اختيار المدين أو الدائن ، وليس المحل هو الأرض والسيارة معاً .

يبقى الالتزام البدلى ، وهو التزام غير متعدد المحل على النحو السابق ، بل له محل واحد ، ولكن يستطيع المدين أن يؤدى شيئاً آخر بدلا منه فيقضى بذلك التزامه . فاذا التزم شخص لآخر باعطائه داراً ، واحتفظ لنفسه بالحق فى أن يعطيه إذا شاء أرضاً بدلا من الدار ، كان الالتزام بدلياً . وهنا يكون محل الالتزام شيئاً واحداً هو الدار ، ولكن يجوز للمدين أن يستبدل بالدار الأرض للوفاء بالتزامه ، ولا يستطيع الدائن أن يرفض هذا الوفاء .

= الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ، ولهذا لم يصح إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فكذا إذا سمى لأن التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين ... ولأنه لما جمع بينهما فى الصفقة فقد جعل قبول العقد فى أحدهما شرط القبول فى الآخر ، بدليل أنه لو قبل العقد فى أحدهما دون الآخر لا يصح ، والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول فى الآخر ... ولأن فى تصحيح العقد فى أحدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ، لأنه أوجب البيع فيهما فالقبول فى أحدهما يكون تفريقا وهذا لا يجوز ... ثم إذا جاز البيع فى أحدهما عندهما (أى عند الصاحبين) فهل يثبت الخيار فيه ؟ إن علم بالحرام يثبت لأن الصفقة تفرقت عليه ، وإن لم يعلم لا لأنه مضى بالتفريق » (البدائع جزء ٥ ص ١٤٥ — ص ١٤٦) .

وتفرق الصفقة أيضا هى التى يعنى بها الفقه الإسلامى فى تقرير أحكام العقد بعد انعقاده صحيحا ، فإذا هلك بعض المبيع قبل القبض هلك على البائع ، ثم ينظر : « إن كان النقصان نقصان قدر ، بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا ، ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن ، لأن كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شيء من الثمن ، وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع فى الكل وسقوط كل الثمن ، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره . والمشترى بالخيار فى الباقى ، إن شاء أخذه بحصته من الثمن ، وإن شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه » (البدائع جزء ٥ ص ٢٣٩) . وللبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فلو باع « شيئين صفقة واحدة ، وسمى لكل واحد منهما ثمنا ، فنقد المشترى حصة أحدهما ، كان للبائع حبسهما حتى يقبض حصة الآخر لما قلنا ، لأن قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصفقة الواحدة فى حق القبض ، والمشترى لا يملك تفريق الصفقة الواحدة فى حق القبول بأن يقبل الإيجاب فى أحدهما دون الآخر ، فلا يملك فى حق القبض أيضا ، لأن للقبض شبها بالعقد . وكذلك لو أبرأه من حصة أحدهما ، فله حبس الكل لاستيفاء الباقى لما ذكرنا » (البدائع جزء ٥ ص ٢٥٠) .

وظاهر من هذه النصوص التى قدمناها أن أحكام الفقه الإسلامى فى الالتزام ذى المحل المتعدد مقبولة بوجه عام ، ويمكن تخريجها على المبادىء العامة فى القانون الحديث .

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجاً تصاعدياً فى تعدد المحل ما بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى والالتزام ذى المحل المتعدد . فنى الالتزام البدلى محل الالتزام (objet in obligatione)، واحد ، ولكن يوجد شيء آخر يحل محله عند الوفاء (objet in facultate solutionis) . ويرقى الالتزام التخييرى مرتبة فى تعدد المحل . فمحل الالتزام متعدد — شيئان أو أكثر لا شيء واحد — ولكن الواجب الأداء من هذه الأشياء المتعددة هو شيء واحد . ثم يرقى الالتزام ذو المحل المتعدد المرتبة العليا فى تعدد المحل . فمحل الالتزام متعدد — شيئان أو أكثر — والواجب الأداء هو كل هذه الأشياء المتعددة (١).

ولما كان الالتزام ذو المحل المتعدد لايكاد يفارق الالتزام ذا المحل الواحد ، وتكاد تكون أحكام كل منهما واحدة ، فانه لا توجد أهمية خاصة لأفراده بالبحث(٢) . والذى يجب أن يفرد بالبحث — لأن الوصف فيه ذو أثر بالغ — هو الالتزام التخييرى ثم الالتزام البدلى ، ونبحثهما فى فصلين متعاقبين .

---

(١) أنظر فى ذلك دى باج ٣ فقرة ٢٦٨ .

(٢) ويميز تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، فى « الموجبات ذات المواضيع المتعددة » ، « بين الموجب المتلازم » وهو الذى ندعوه بالالتزام ذى المحل المتعدد ، « والموجب التخييرى » أى الالتزام التخييرى ، « والموجب الاختيارى » أى الالتزام البدلى . فتنص المادة ٥٣ من هذا التقنين على « أن الموجبات ذات المواضيع المتعددة تكون متلازمة أو تخييرية أو اختيارية » . وتنص المادة ٥٤ على أن « الموجب المتلازم هو الذى يكون موضوعه مشتملا على جملة أشياء تجب معاً بحيث لا تبرأ ذمة المديون إلا بأدائها كلها» . وتنص المادة ٥٥ على « أن الموجبات المتلازمة خاضعة للأحكام المختصة بالموجب البسيط » .

الفصل الأول

الالتزام التخييرى*

(Obligation alternative)

٨١ – قيام وصف التخيير وأحكامه : التخيير بين محلين أو أكثر للالتزام الواحد وصف يقوم بالالتزام كما قدمنا . فيجب أن نعرف ما هو ، ومن أى مصدر ينشأ ، ومَن من طرفى الالتزام يثبت له الخيار . ثم نعرف بعد ذلك ما هى أحكام الالتزام التخييرى .

فنبحث إذن مسألتين : (١) قيام وصف التخيير (٢) أحكام الالتزام التخييرى(١) .

الفرع الاول

قيام وصف التخيير

٨٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة

(*) مراجع : بنكاز Bonnecase تكلة بودرى ٢ فقرة ٧٦٠ وما بعدها — مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ١٠٩٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ — فقرة ١١٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨ — فقرة ١٠٥١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٠ — فقرة ٨٠٣ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ — ٢٨٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٩ — فقرة ١٣٢٢ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٦٧٨ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ .

(١) ويقول دى باج إنه بالرغم من أن الالتزام التخييرى ليس كثير الوقوع فى الحياة العملية ، فإنه يثير صعوبات جدية من ناحية الصناعة القانونية (دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ ص ٢٦٩) .

تامة إذا أدى واحداً منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك »(١) .

ويقابل هذا النص المادة ٩٦/١٥٠ من التقنين المدنى السابق(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٥ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٥٦ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، غير أن النص فى المشروع التمهيدى كان مقسوماً إلى فقرتين ، فاندمجت الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى فى لجنة المراجعة . وعرض على لجنة المراجعة اقتراح محكمة مصر من إضافة نص يجعل أثر التخيير يستند إلى وقت الالتزام ، فلم تر اللجنة ضرورة لهذا النص لإمكان استخلاص حكمه من المبادىء العامة ، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ وص ٣٩) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٩٦ / ١٥٠ : إذا كان التعهد بعمل أحد شيئين فأكثر ، فالخيار للمتعهد ، إلا إذا وجد نص صريح فى التعهد أو فى القانون يقضى بخلاف ذلك .

ولا فرق فى الأحكام مابين التقنينين الجديد والقديم . وقد كان التقنين القديم يغفل ذكر الالتزام البدلى ، ويكثر من النصوص فيما يتعلق بالالتزام التخييرى فى غير ضبط ولا تحديد . وقد تكفل التقنين المدنى الجديد بهذا الضبط ، فبين من يستعمل الخيار إذا امتنع من له الحق فى مباشرته ، ووضع نظاماً أدنى إلى المنطق فى آثار استحالة التنفيذ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « عمد المشروع — فيما يتعلق بالأوصاف الخاصة بتعدد محل الالتزام — إلى الجمع بين الالتزام التخييرى والالتزام البدلى فى الفصل المعقود لهما ، مقتدياً فى ذلك بالتقنين اللبنانى . ولعل فى دقة التفريق بين هذين الضربين من الالتزام مايمتنع معه الإغضاء عن اهمال التقنين المصرى والتقنين الفرنسى ، بل والمشروع الفرنسى الإيطالى ، للإلتزامات البدلية . ومع أن أحكام الالتزام التخييرى ظفرت بحظ موفور من التفصيل فى نصوص التقنين الحالى (السابق) — إذ اختصت بما لايقل عن مواد أربع — إلا أنها كانت بحاجة إلى شىء من الضبط والتحديد . وقد تكفل المشروع بذلك ، فعين كيفية إعمال حق الخيار بين محل التخيير إذا امتنع من ثبت له هذا الحق من المتعاقدين عن مباشرته ، ووضع لآثار استحالة التنفيذ نظاماً أدنى إلى المنطق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٧٥ (مطابقة للمادة ٢٧٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٧٥ من التقنين المدنى المصرى) . —

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف التخيير يقوم متى شمل محل الالتزام أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ، وأن خيار التعيين يكون فى الأصل للمدين إلا إذا قضى المصدر الذى ينشأ منه — الاتفاق أو القانون — بأن الخيار يكون للدائن أو للغير .

فنبحث إذن : (١) متى يقوم وصف التخيير (٢) من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار .

§ ١ — متى يقوم وصف التخيير

٨٣ — (ا) تحديد منطقة الالتزام التخييرى : ليكون الالتزام تخييريا فيقوم به وصف التخيير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (١) يتعدد محل الالتزام فيكون للالتزام محلان أو أكثر . (٢) ويتوافر فى كل محل منها الشروط الواجب توافرها فى المحل . (٣) ويكون الواجب الأداء ، حتى تبرأ ذمة المدين براءة تامة من التزامه ، محلا واحداً من هذه المحال المتعددة .

٨٤ — (١) تعدد محل الالتزام : يجب أن يكون محل الالتزام متعدداً كما قدمنا . فيصح أن يلتزم البائع للمشترى أن يبيع منه الدار أو الأرض . ويصح

= التقنين المدنى العراقى م ٢٩٨ : ١ — يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة ، ويكون الخيار فى تعيينه للمدين أو للدائن . ٢ — وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين ، إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن .

(ولا فرق فى الأحكام مابين التقنين المصرى والتقنين العراقى رغم اختلاف العبارة . أنظر فى التقنين العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٦٣ — فقرة ١٦٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٥٦ : الموجب التخييرى هو الذى يكون موضوعه مشتملا على جملة أشياء تبرأ ذمة المديون تماماً بأداء واحد منها . وللمديون وحده حق الاختيار مالم يكن ثمة نص مخالف . (ولا فرق فى الأحكام مابين التقنين المصرى والتقنين اللبنانى رغم اختلاف العبارة . ويقول التقنين اللبنانى إن حق الاختيار للمدين مالم يكن ثمة نص مخالف ، والمقصود بالنص هنا الاتفاق (stipulation) كما يفهم من الرجوع إلى الأصل الفرنسى للمادة ٥٦ ، أما نص القانون فن البديهى أنه إذا وجد وجعل الخيار للدائن فانه يجب اتباعه) .

أن يلتزم الشريك بتقديم حصته فى الشركة مبلغاً من النقود أو ارضاً أو سيارة أو أسهماً أو سندات أوغير ذلك . ونرى من ذلك أن محل الالتزام قد يكون شيئين ، وقد يكون أكثر من شيئين(١) . كذلك يصح أن يكون شيئاً غير معين بالذات

---

(١) وخيار التعيين فى الفقه الإسلامى — وهو الذى يقابل التخيير فى الالتزام التخييرى — لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة ، ويلزم فيه ذكر المدة التى يتم فيها الخيار على خلاف فى الرأى ، ويكون الخيار إما للمشترى أو . نع حسب الشرط . جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ١٣ ص ٥٥) : « ولو اشترى ثوبين من واحد منهما بعشرة دراهم ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيهما شاء ويرد الآخر ، جاز العقد عندنا استحساناً . وكذلك هذا فى ثلاثة أثواب ، وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد ... وجه الاستحسان أن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة لأنه شرط الخيار لنفسه ، وحكم خياره يستند بالتعيين ، والجهالة التى لا تفضى إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد ... فقد يشترى الإنسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله إلى السوق ولا يرضى البائع بالتسليم إليه ليحمله إلى عياله بغير عقد ، فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة . وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث ، لأن كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة ، جيد ووسط وردىء ، فإذا حمل الثلاثة إلى أهله تم المقصود . فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه .. ثم نص فى هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام ، وهو الصحيح ، لأن هذا خيار ثبت بالشرط فلا بد فيه من إعلام المدة ، وإن أطلق ذلك فى غير هذا الموضع » . وجاء فى البدائع للكاسانى (جزء ٥ ص ١٥٧) فى خصوص المدة ما يأتى : « وهل يشترط بيان المدة فى هذا الخيار ؟ اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد فى هذه المسألة فى الكتب ، فذكر فى الجامع الصغير على أن يأخذ المشترى أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام ، وذكر فى الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر مدة الخيار . فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط ، وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوما ، وهو قول الكرخى والطحاوى رحمهما الله . وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة . وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوبا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع ، فكذا إذا كان واحداً غير معين ، والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وأنه مفسد للبيع ... وجه قول الآخرين أن توقيت الخيار فى العين إنما كان شرطا لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى دفع الغبن بواسطة التأمل فكان فى معنى الاستثناء ، فلا بد من التوقيت ليصح استثناء ذلك فى الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه ، وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم فى أحدهما غير عين وإنما يمنع تعين المبيع لا غير ، فلا يشترط له بيان المدة والله سبحانه وتعالى أعلم . والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا ، وخيار التعيين يورث بالإجماع » . هذا وكون الخيار يجوز أن يكون للبائع إنما جاء على سبيل الاستحسان ، جاء فى فتح القدير للكمال بن الهمام (جزء ٥ ص ١٣١) : « وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشىء له حاضرا أو غائبا ، ظهر أنه لا يجوز للبائع ، بل يختص خيار التعيين بالمشترى ، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق =

كالنقود ، أو عيناً معينة عقاراً أو منقولا . ويصح أن يجمع التعدد هذه كلها ، فيكون محل الالتزام نقوداً وعقاراً ومنقولا . بل يصح أن يكون محل الالتزام

= والأرفق لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه ، فيرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص فى المجرد على أنه لا يجوز فى جانب البائع . وذكر الكرخى أنه يجوز استحسانا ، لأنه بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط » .

وحكم البيع مع خيار التعيين أنه غير لازم لمن له الخيار سواء كان المشترى أو البائع . جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١) فى حالة ما إذا كان الخيار للمشترى : « الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم ، وللمشترى أن يردهما جميعا ، لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية ، فيمنع لزوم الملك ، فكان محتملا للفسخ . وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك لما بينا فيما تقدم ، ولا تنعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه عسى لا يوافقه كلاهما جميعا فيحتاج إلى ردهما » . وجاء أيضا (ص ٢٦٣) فى حالة ما إذا كان الخيار للبائع : « وللبائع أن يفسخ البيع لأنه غير لازم » .

ويبدو أن خيار التعيين يكون مقترناً بخيار الشرط . وهذا مايعلل أن البيع المقترن بخيار التعيين يكون غير لازم على النحو الذى قدمناه ، وعدم لزومه إنما جاء من خيار الشرط المقترن بخيار التعيين لا من خيار التعيين ذاته . وهذا مايعلل أيضاً أن خيار التعيين ينتقل إلى الورثة ولكن البيع يكون لازماً لهم خلافاً للمورث ، وذلك لأن خيار الشرط المقترن بخيار التعيين لايورث ، فينقطع هذا الخيار عن الورثة ومن ثم يلزمهم البيع ، ويبقى لهم خيار التعيين وحده دون خيار الشرط . وهذا مايعلل أخيراً أن الشيئين إذا تعيبا معاً فى يد المشترى وكان له خيار التعيين ، فللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنه وليس له أن يردهما جميعاً ، لأن خيار الشرط المقترن بخيار التعيين هو الذى بطل بتعيب الشيئين وبقى خيار التعيين على حاله . وفى هذا يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٢) : « ولو تعيبا جميعاً ، فان كان على التعاقب تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ، ولا يغرم بحدوث العيب شيئا لما قلنا إنه أمانة . وان تعيبا معاً لايتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ، وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنه ، لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقى المشترى على خياره . إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً ، لأن البيع قد لزم فى أحدهما بتعيبهما فى يد المشترى وبطل خيار الشرط ، وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران ، خيار التعيين وخيار الشرط ، ولا بد له من رتبة معلومة ، إذ لو لم يكن لملك ردهما جميعاً كما لو لم يتعيب أحدهما أصلا ، ولكنه لم يملك لأن ردهما جميعاً قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط ، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما معاً فلم يملك ردهما ، وبقى خيار التعيين فيملك رد أحدهما ... ولا يبطل هذا الخيار بموت المشترى بل يورث بخلاف خيار الشرط ، لأن خيار التعيين إنما يثبت للمورث لثبوت الملك له فى أحدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامه فى ذلك الملك فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر ، إلا أنه ليس له أن يردهما جيماً وقد كان للمورث ذلك . وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ إنه لا بد من خيارين فى هذا البيع ، وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لأنه لا يورث على أصل أصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جيماً » .

عملا أو امتناعاً عن عمل . ويصح أن يجتمع كل هؤلاء
الشريك مثلا بتقديم حصته للشركة مبلغاً من النقود او ارضاً او عملا يقوم به لمصلحة الشركة أو امتناعاً عن الاتجار فيما تقوم به الشركة من عمل(١) .

فأى أداء يصلح أن يكون محلا للالتزام يمكن — إذا اقترنت به أداءات أخرى من نوعه أو من غير نوعه — أن يكون محلا للالتزام التخييرى . والمهم هو أن يتعدد هذا المحل ، فلا يقتصر على أداء واحد .

٨٥ — (٢) توافر الشروط فى كل من الأداءات المتعددة : ويجب أن يتوافر فى كل أداء من الأداءات المتعددة للالتزام التخييرى جميع الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام ، لاحتمال أن يقع الاختيار على أى أداء منها فيصبح هو المحل الوحيد ، ويكون متوافراً فيه الشروط اللازمة . فيجب أن يكون كل أداء موجوداً إذا كان شيئاً ، أو ممكناً إذا كان عملا أو امتناعاً عن عمل . ويجب أيضاً أن يكون الأداء معيناً أو قابلا للتعيين ، وأن يكون صالحاً للتعامل فيه ، وأن يكون مالا متقوماً ، وأن يكون التعامل فيه مشروعاً .

فاذا كان الالتزام التخييرى محله شيئان فقط ، وكان أحدهما لم تتوافر فيه الشروط المتقدمة الذكر ، وتوافرت فى الشيء الآخر هذه الشروط ، فان الالتزام لايكون له إلا محل واحد هو هذا المحل الذى توافرت فيه الشروط ، ويكون الالتزام بسيطاً غير تخييرى(٢) .

وقد نصت المادة ١١٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى صراحة على هذا

---

(١) ديرانتون ١١ فقرة ٣٦١ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ .

(٢) لكن إذا أراد المتعاقدان أن يخفيا التزاماً غير مشروع تحت ستار التزام تخييرى ، بأن يتفقا أصلا على محل غير مشروع ، ثم يضما إلى جانبه على طريق التخيير محلا آخر مشروعاً يكون المقصود منه أن يصبح جزاء لعدم تنفيذ المحل غير المشروع ، فان مثل هذا الالتزام لا يكون التزاماً صحيحاً حتى فى محله المشروع ، بل يكون التزاماً باطلا فى المحلين جميعاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦ ص ٢٠٧ هامش رقم ٢) .

الحكم إذ تقول : « يكون الالتزام بسيطاً ، ولو عقد فى صورة التزام تخييرى ، إذا كان أحد الشيئين محل الالتزام لا يمكن أن يكون محلا له(١) » . وتنص المادة ٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على الحكم فيما إذا كان شيء واحد من الأشياء المتعددة هو الذى يمكن تنفيذه دون الأشياء الأخرى . فتقول : « إذا كان أحد المواضيع وحده قابلا للتنفيذ ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات للبسيطة » . والحكم كما نرى ظاهر البداهة ، فلا حاجة للنص عليه ، إذ يمكن استخلاصه فى يسر من تطبيق القواعد العامة .

والعبرة ، فى معرفة ما إذا كانت الشروط الواجبة متوافرة فى الأداءات المتعددة للالتزام التخييرى ، تكون بوقت نشوء هذا الالتزام . فان توافرت الشروط فى هذا الوقت ، كان الالتزام تخييرياً ، حتى لو أصبحت الأداءات بعد ذلك لاتصلح كلها أو بعضها محلا للالتزام . وعلى النقيض من ذلك ، إذا لم تتوافر الشروط إلا فى أداء منها ، كان الالتزام بسيطاً منذ البداية ومحله هذا الأداء الذى توافرت فيه الشروط ، ولا ينقلب تخييرياً حتى لو أصبحت الأداءات الأخرى بعد ذلك متوافراً فيها الشروط الواجبة(٢) .

٨٦ — (٣) محل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الأداء : وإذا كان للالتزام التخييرى محال متعددة (in obligatione) ، فان محلا واحداً منها فقط هو الواجب الأداء (in debitione) ، أو كما تقول المادة ٢٧٥ مدنى فى صدرها : « تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها » .

وينبنى على ذلك أمران : (أولهما) أنه قبل اختيار المحل الواجب الأداء يكون كل من المحال المتعددة ممكناً طلبه ، فيقوم التضامن بين هذه المحال على غرار التضامن الذى يقوم بين المدينين المتضامنين . فكما إن كل مدين متضامن

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses ne pouvait être le suject de l'obligation.

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨ .

تمكن مطالبته بكل الدين فاذا وفاه انقضى ، كذلك أى محل من المحال المتعددة للالتزام التخييرى تمكن المطالبة به فاذا وفى انقضى الالتزام . فالتخيير إذن هو ضرب من التضامن ما بين الأشياء شبيه بالتضامن ما بين الأشخاص ، هو تضامن عينى موضوعى (solidarité réelle et objective) إلى جانب تضامن المدينين الشخصى الذاتى (solidarité personnelle et subjective). والتضامن العينى من شأنه ، كالتضامن الشخصى ، أن يقوى ضمان الدائن ، فاذا أصبح تنفيذ محل من المحال المتعددة للالتزام التخييرى مستحيلا جاز أن ينفذ محل آخر ، فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوى ضمان الدائن(١) . (والأمر الثانى) أنه بعد اختيار المحل الواجب الأداء يصبح هذا وحده هو محل الالتزام : وينقلب الالتزام التخييرى عند ذلك التزاماً بسيطاً ليس له إلا محل واحد .

ويستتبع ذلك أن المحال المتعددة للالتزام التخييرى تكون فى الكثرة الغالبة من الأحوال متعادلة فى قيمتها ، ما دام أن تنفيذ أى محل منها يغنى عن تنفيذ المحال الأخر . غير أن هذا ليس بضرورى ، فقد تتفاوت قيم المحال إذا تفاوتت شروط أدائها . مثل ذلك أن يلتزم شخص نحو آخر بأن يبيع له الدار بألفين أو الأرض بألف ، فتكون قيمة الأرض نصف قيمة الدار . وقد يعد شخص آخر باقراضه ألفاً بفوائد سعرها ٥ ٪ أو خمسمائة بفوائد سعرها ٦ ٪ . بل قد لا تتفاوت شروط الإداء ومع ذلك تكون القيم متفاوتة . فقد يكون المبلغ الموعود باقراضه هو ألف أو ألفان على حسب اختيار المدين ويكون سعر الفائدة فى الحالتين ٥ ٪(٢) .

٨٧ — (ب) تمييز الالتزام التخييرى عن حالات أخرى تشتبه به :

وحتى يتم تحديد منطقة الالتزام التخييرى فى وضوح ، نورد بعض الحالات التى تشتبه بالالتزام التخييرى وليست إياه . فنستعرض الشرط الجزائى والالتزام

---

(١) ديمولب ٢٦ فقرة ٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٤ — نارة ١٠٤٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٤ .

(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٩ — لارومبير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣ .

المعلق على شرط واقف والالتزام بشيء غير معين . أما الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) فقد سبق التمييز بينه وبين الالتزام التخييرى . وسنبحث عند الكلام فى الالتزام البدلى ما يوجد بينه وبين الالتزام التخييرى من فروق .

٨٨ — (ا) التمييز بين الالتزام التخييرى والشرط الجزائى :

الشرط الجزائى هو تقدير اتفاقى للتعويض المستحق ، إذا أخل المدين بالتزامه ولم يقم بتنفيذه تنفيذاً عينياً . فالشرط الجزائى إذن ليس إلا تعويضاً مستحقاً عن عدم التنفيذ العينى . وهو — ككل تعويض — لا يمكن أن يكون إلى جانب التنفيذ العينى أحد محلى التزام تخييرى . ذلك أنه فى الالتزام التخييرى يمكن للمدين أو للدائن ، بحسب الأحوال : أن يختار أحد المحلين فيوفيه للطرف الآخر ، ولا يستطيع هذا الطرف الآخر أن يرفض الوفاء . أما فى التعويض فالأمر مختلف ، إذ أن المدين لا يستطيع أن يختار التعويض دون التنفيذ العينى ، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . كذلك لا يجوز للدائن أن يختار التعويض دون التنفيذ العينى ، إذا كان التنفيذ العينى ممكناً وعرضه المدين . فالتعويض ليس محلا لالتزام تخييرى ، بل إن له مقوماته الذاتية ، وقد سبق بيان ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط .

ومما يبرز الفرق بين الالتزام التخييرى والالتزام المصحوب بشرط جزائى أنه إذا كان الالتزام المصحوب بشرط جزائى قد أصبح تنفيذه العينى مستحيلا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فان الالتزام ينقضي ولا يكون الشرط الجزائى مستحقاً . أما فى الالتزام التخييرى ، إذا أصبح تنفيذ أحد محلى هذا الالتزام مستحيلا بسبب أجنبي ، فسنرى أن المحل الثانى يصبح مستحقاً ، على خلاف الشرط الجزائى . كذلك إذا كان المحل الأصلى للالتزام المصحوب بشرط جزائى لا يصلح أن يكون محلا لعدم توافر الشروط الواجبة فيه ، فان الالتزام يسقط ويسقط معه الشرط الجزائى . وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فانه إذا كان أحد محليه لا يصلح أن يكون محلا للالتزام أصبح المحل الآخر هو المستحق(١).

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٥ .

٨٩ — (٢) التمييز بين الالتزام التخييرى والالتزام المعلق على شرط واقف : ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييرى بأن كلا من محاله المتعددة واجب الأداء معلقاً على شرط اختياره . وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك(١). ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول . أما الاختيار فى الالتزام التخييرى — اختيار محل ما — فهو أمر محقق لابد من حصوله ، وإذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات ، فانه لابد حاصل ممن أقامه القانون مقامه : القاضى فى حالة ما إذا كان الخيار للمدين . والمدين فى حالة ما إذا كان الخيار للدائن(٢).

ويبنى على ماتقدم أن الالتزام التخييرى هو التزام محقق الوجود منذ البداية ، أما الالتزام المعلق على شرط واقف فالتزام غير محقق الوجود وهو لن يوجد فعلا إذا ما تحقق الشرط . وهناك فرق آخر ما بين الالتزامين . فانه إذا هلك محل الالتزام الشرطى بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط كانت تبعة الهلاك على المدين كما سبق القول ، أما التبعة فى هلاك أحد محال الالتزام التخييرى فهى على الدائن(٣).

٩٠ — (٣) التمييز بين الالتزام التخييرى والالتزام بشىء غير معين بالذات : والالتزام التخييرى ليس التزاماً بشىء غير معين بالذات . فقد يلتزم شخص أن يبيع لآخر مائة أردب من القمح ، ومحل الالتزام هنا هو شىء غير معين بالذات حتى لو عين البائع المخزن الذى أودع فيه قمحه وذكر أن مائة الأردب ستؤخذ من هذا القمح . كذلك يعتبر التزاماً بشىء غير معين بالذات

---

(١) أنظر ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ — كوليه دى سانتير ٤ فقرة ١١٥ مكررة — ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٣ .

(٢) أنظر المادة ٢٧٦ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك . فلا يكون إذن اختيار أحد محال الالتزام التخييرى شرطاً ما دام محقق الحصول ، بل هو أجل معين أو غير معين على حسب الأحوال (أنظر قريباً من هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٢) .

(٣) أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٣ .

التزام من يبيع فرساً غير معين من خيوله الموجودة بالأصطبل ، أو يبيع بقرة غير معينة من قطيع البقر الذى يملكه . فالمبيع فى جميع هذه الأحوال شىء غير معروف يؤخذ من بين أشياء معروفة .

والفرق بين أن يلتزم الشخص باعطاء شىء معين من بين أشياء معينة — وهذا هو الالتزام التخييرى — وبين أن يلتزم باعطاء شىء غير معروف من بين أشياء معروفة ، أن الأشياء محل الالتزام التخييرى هى أشياء معينة بذاتها ، كل شىء منها قد عين تعييناً كافياً حتى لا يختلط بغيره ، وأحد هذه الأشياء المعينة بالذات سيكون محل الالتزام إذا تم اختياره . أما فى الالتزام باعطاء شىء غير معروف من بين أشياء معروفة ، فان هذه الأشياء المعروفة ليست معينة بذواتها كما هى معينة فى الالتزام التخييرى ، بل هى قد عينت بأنها الخيول التى فى الاصطبل دون أن تعين هذه الخيول فرساً فرساً ، أو هى قطيع البقر الذى يملكه البائع دون أن تعين رؤوس هذا القطيع رأساً رأساً(١).

وينبنى على هذا الفرق أمور ثلاثة : (١) فى الالتزام بشىء غير معين بالذات ، إذا فرز فرس من الأصطبل أو بقرة من القطيع بعد إعذار المشترى ، ثم هلك الشىء المفرز ، فان هلاكه لا يكون على المشترى ، بل يجب فرز فرس آخر أو بقرة أخرى لتسليمها إليه أما إذا اختير أحد محال الالتزام التخييرى، ولم يتسلمه المشترى بعد إعذاره ، فان الهلاك يكون عليه لا على البائع(٢). (٢) فى الالتزام بشىء غير معين بالذات ، إذا فرز المبيع ، انتقلت ملكيته إلى المشترى من وقت الفرز لا من وقت البيع . أما فى الالتزام التخييرى ، فانه إذا اختير محل الالتزام ، انتقلت ملكيته من وقت البيع لا من وقت الاختيار . وسنرى أن الاختيار يستند إلى الماضى(٣). (٣) فى الالتزام بشىء غير معين بالذات ، إذا كان أحد الخيول مثلا هو ملك المشترى ، ولكنه عندما فرز

---

(١) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٨ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ — فقرة ١٠٥٥ .

(٢) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٥ .

(٣) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٧ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٧ — فقرة ٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ ص ٢١٢ .

ليكون هو الفرس المبيع لم يعد ملكا له ، فان البيع يصح . أما فى الالتزام التخييرى ، إذا باع شخص فرساً من بين عدة خيول معينة بذواتها ، وكان أحدها ملكا للمشترى ثم لم يعد ملكا له ، واختير ليكون محلا للالتزام ، فان الالتزام لايصح لأن هذا المحل لم يكن قد توافرت فيه الشروط الواجبة وقت نشوء الالتزام إذ كان ملكا للمشترى(١).

§ ٢ — من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار

٩١ — من له خيار التعيين : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٢٧٥ مدنى تقول : « ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك » .

فاذا كان هناك التزام تخييرى ، ولم يبين الطرفان من له الخيار ولم ينص القانون على ذلك ، فان الخيار يكون للمدين لا للدائن . وهذا هو الأصل العام، فان الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين(٢) .

---

(١) لارومبيير ٣ م ١١٩٢ فقرة ١ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٦ . ويقع كثيراً أن تعقد الشركات الكبيرة قروضاً فى الأسواق العالمية ، فتصدر سندات وتتعهد بدفع رأس المال والأرباح بعملات مختلفة ، حتى يتهيأ للمقرضين حامل هذه السندات أن يقبضوا حقوقهم كل بعملة بلده ، فهل يعتبر التزام الشركة المقترضة فى هذه الحالة التزاماً تخييرياً محاله المتعددة هى عدة العملات المختلفة ؟ انقسم الفقهاء فى هذه المسألة : ففريق يذهب إلى أن الالتزام بسيط . ومحله هو مبلغ من النقود يحسب فى كل بلد بعملته ، والدائن هنا هو الذى يختار عملة بلده (بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ وهامش رقم ٣ مكرر — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٠) . وفريق آخر يذهب إلى أن الالتزام تخييرى إذ هو يقع على عملات مختلفة ، ولكن يستخلص من الظروف أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون الخيار فى هذا الالتزام للدائن لا للمدين ، أى لحامل السندات لا للشركة (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Obligation فقرة ٨٠ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٦). وسواء أخذ بالرأى الأول أو بالرأى الثانى ، فالنتيجة العملية واحدة،إذ ينتهى الأمر إلى تفسير نية المتعاقدين وإعطاء الخيار للدائن،وإنما يختلف الرأيان فى التصوير الفنى للالتزام .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٨ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خيار فى دفع الثمن فوراً مع خصم معين أو دفعه إلى أجل،فالخيار يكون للمدين لا للدائن، ولا يجوز للدائن أو الوسيط أن يجبر المدين على الدفع فوراً (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٩) .

ولكن يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين ، وهذا يقتضي اتفاقاً خاصاً فلا يصح افتراضه . على أن هذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمنياً ، فلا يشترط التقنين المدنى المصرى الاتفاق الصريح(١) .

كذلك يجوز ، إذا كان مصدر الخيار هو نص فى القانون ، أن يجعل النص الخيار للدائن لا للمدين . وقد فعل القانون ذلك عندما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى على أنه إذا أضعف المدين بفعله تأميناً خاصاً ، فللدائن الخيار بين أن يطالب باستيفاء حقه قبل حلول أجله أو أن يطالب بتكملة التأمين(٢) . ففى هذا الالتزام التخييرى ينص القانون على أن الخيار للدائن .

ومتى كان الخيار للمدين فانه يستطيع أن يعرض الوفاء بالمحل الذى يختاره من محال الالتزام المتعددة ، ويكون عرضه صحيحاً . أما إذا كان الخيار للدائن فلا يستطيع المدين أن يعرض ما يختاره هو ، بل يجب عليه أن يعرض الوفاء بأى محل يختاره الدائن(٣) .

ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار لأجنبى ، ويكون الأجنبى فى هذه الحالة إما خبيراً فنياً يستشيره أحد الطرفين فيكون الخيار فى الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير ، أو يكون الأجنبى غير منتم لأحد من الطرفين فيقرب من أن يكون حكماً بينهما يتفقان عليه عندما لا يستطيعان الاتفاق على أن يكون الخيار لأحد منهما . ويساعد على تقرير هذا الحكم أن نص التقنين المدنى المصرى لا يقول — كما تقول المادة ١١٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى — إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن ، بل تقول إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك(٤) .

---

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فقد نص فى المادة ١١٩٠ على أن يكون الاتفاق صريحاً ، وبالرغم من ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى جواز أن يكون الاتفاق ضمنياً (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ — أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Obligation فقرة ٥٥ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٨).

(٢) أنظر أيضاً المادة ١٠٤٨ فقرة أولى مدنى .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٠ — فقرة ١٠٦١ .

(٤) أنظر فى إمكان أن يكون الخيار للغير فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٧٧ .

٩٢ — مصدر الخيار : ويمكن أن نستخلص مما تقدم أن مصدر خيار التعيين إما أن يكون الاتفاق كما هو الغالب ، وإما أن يكون نصاً فى القانون .

فنى الكثرة الغالبة من الأحوال يكون مصدر الالتزام التخييرى العقد أو التصرف القانونى بوجه عام ، فيلتزم المدين بارادته أن يؤدى للدائن شيئاً من أشياء متعددة . وعند ذلك يتكفل الاتفاق أو التصرف القانونى بتعيين من له الخيار ، المدين أو الدائن ، فاذا سكت عن هذا التعيين كان الخيار للمدين كما قدمنا .

وقد يكون مصدر الالتزام التخييرى نصاً فى القانون . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى تنص على سقوط الأجل إذا كان المدين قد أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بموجب القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً (١) . ورأينا أن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٠٤٨ مدنى تطبيقان هذه الأحكام على الرهن الرسمى ، فتنصان على أنه « ١ — إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . ٢ — فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل »(٢). ونرى من ذلك أن هذه النصوص تنشىء التزامين تخييريين : (١) الالتزام الأول هو التزام المدين الذى أضعف بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، فيلتزم إما بدفع الدين فوراً أو بتكملة التأمين ، والخيار هنا للدائن بنص

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٧ — ص ٣٨ .

(٢) أنظر أيضاً المادة ١١٠٢ فقرة ثانية مدنى فى رهن الحيازة .

القانون . (٢) والالتزام الثاني من التزام المدين ، إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي ، بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين كاف ، والخيار هنا للمدين بنص القانون كذلك (١) . وقد تقدم بيان هذا عند الكلام في الأجل(٢) .

---

(١) أنظر الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ١٩٥ — وقارن ، فيما يتعلق بالتزام المدين بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي ، المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ و ص ٣١ ، حيث تفيد أن هذا الالتزام التزام بدلي ، والصحيح أنه التزام تخييري كنظيره الذي ينشأ إذا كان إضعاف التأمين راجعاً إلى خطأ المدين ، ولكن الخيار في الالتزام الأول للمدين ، وهو في الالتزام الثاني للدائن .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٢ .

ومثل الالتزام التخييري الذي مصدره القانون أيضاً ما قضت به المادة ٢٧٤ مدني من أن المدين ، إذا خشي الدائن إفلاسه أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول ، يخير بين وفاء الدين فوراً أو تقديم تأمين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ — ص ٣٨) . وانظر أمثلة أخرى للالتزام التخييري الذي مصدره القانون في نص المادة ٤٢٥ مدني (الغبن في البيع ، وتقابلها المادة ١٦٨١ من التقنين الفرنسي وهذه تنشئ التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييرياً) ، وفي نص المادة ١١٩ من التقنين التجاري (عدم قبول الكمبيالة ، وتقابلها المادة ١٢٠ من التقنين التجاري الفرنسي وتنشئ التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييرياً) .

وقضت المادة ٩٢٤ مدني بأن من يقيم منشآت على أرض غيره وهو يعلم أن الأرض ليست ملكه ، ويطلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت ، فإن له أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . فقد يقال أن في ذمة صاحب الأرض التزاماً تخييرياً ، إما بدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، أو بدفع ما زاد في ثمن الأرض . ولكن لما كان صاحب الأرض سيختار دون شك أقل هاتين القيمتين ، فالظاهر أن الالتزام هنا يعتبر التزاماً بسيطاً له محل واحد هو أقل القيمتين (أنظر عكس ذلك بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣) . ومثل هذا يقال فيما تقضي به المادة ٩٢٥ مدني في حالة ما إذا كان من أقام المنشآت على أرض غيره حسن النية ، من أن صاحب الأرض يجوز له أن يستبقي المنشآت ، ويخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل ، أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت — وفيما تقضي به بوجه عام المادة [illegible] غيره يلتزم بدفع أقل القيمتين ، قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الغير .

الفرع الثاني

أحكام الالتزام التخييري

٩٣ — تعيين المحل الواجب الأداء وهلاك الشيء: يثير الالتزام التخييري من ناحية ما يجب أن يجري عليه من أحكام ، مسألتين : (١) كيف يتم تعيين المحل الواجب الأداء من بين المحال المتعددة للالتزام . (٢) ماذا يكون الحكم لو أن بعض هذه المحال أو كلها هلك قبل أن يتم اختيار المحل الواجب الأداء .

نتكلم إذن في تعيين المحل الواجب الأداء وفي أحكام الهلاك .

١ ٥ — تعيين المحل الواجب الأداء

٩٤ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام » .

« ٢ — أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضي أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين(١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تحديد أجل للمدين يختار فيه ، حتى إذا لم يفعل تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام . ٢ — أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، حدد القاضي له أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة ، بناء على طلب محكمة مصر ، بحيث تتناول حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين ولم يتفقوا على الاختيار ، وأصبح النص بعد —

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق(١).

ويقابل هـذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى المدنى التقنين السورى المادة ٢٧٦ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٢٩٩ـ٣٠٠ ،وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٥٧ — ٦٠ و ٦٤ - ٦٥(٢).

= التعديل مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ،وأصبحت المادة رقمها ٢٨٨ فىالمشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠ و ص ٤٢) .

(١) لم يكن التقنين المدنى السابق يشتمل على نص يبين الحكم فيما إذا رفض من له الخيار : مدينا كان أو دائنا ، إعمال حق خياره ، أو كان من لهم الخيار متعددين ولم يتفقوا على أمر واحد . لذلك كان الحكم موكولا إلى تطبيق القواعد العامة ، وتقضى هذه بأن يوكل أمر التعيين إلى القضاء . وقد ورد فى الموجز للمؤلف (ص ٥٠٢) فى هذا الصدد ما يأتى : « فاذا انقضت مدة الخيار دون أن يستعمله صاحبه ، جاز للطرف الآخر أن يرفع الأمر إلى القضاء ، فيجبر من له حق الخيار على استعماله أو يقوم القضاء مكانه فى ذلك » . أنظر أيضا : والتون ٢ ص ٣٧٦ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١٧٠٣ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٣ .

أما التقنين المدنى الجديد فيقضى بهذا الحل ، كما رأينا ، فى حالة ما إذا كان الخيار للمدين ولم يختر أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم . أما إذا كان الخيار للدائن ولم يختر أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، فان التقنين المدنى الجديد يقضى بأن ينتقل الخيار فى هذه الحالة إلى المدين . وانتقال الخيار إلى المدين يقتضى نصاً خاصاً ، ومن ثم يكون هذا الحكم مستحدثاً فلا يسرى إلا على الالتزامات التخييرية التى نشأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقضى التقنين المدنى الألمانى (م ٢٦٤) بأنه إذا لم يستعمل صاحب الخيار — دائناً كان أو مديناً — حقه فى الخيار ، انتقل الخيار إلى الطرف الآخر .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٧٦ (مطابقة للمادة ٢٧٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٣ (مطابقة للمادة ٢٧٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٩٩ : ١ — يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التىيكون فيها الخيار .
٢ — فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار فى المدة المحددة ، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيـار إلى المدين .

م ٣٠٠ : خيار التعيين ينتقل إلى الوارث .

(والتقنين المدنى العراقى يتفق فى أحكامه مع أحكام التقنين المدنى المصرى ،غير أن التقنين =

=العراق لم يورد الحكم فيما إذا كان من لهم حق الخيار متعددين ولم يتفقوا فيما بينهم، والظاهر أن الحكم الذى أورده التقنين المصرى هو الذى يسرى فى هذه الحالة . كذلك نص التقنين العراقى صراحة على أن خيار التقنين ينتقل إلى الوارث ، وهذا هو حكم الفقه الإسلامى ، وهو حكم يتفق مع تطبيق القواعد العامة بمصر فى مصر — أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى التقنين المدنى العراقى فقرة ١٦٧ — فقرة ١٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٥٧ — يتم الاختيار بمجرد إخبار الفريق الآخر ، وعندما يتم يعد الشىء المختار كأنه موضوع الموجب فى الأصل .

م ٥٨ — أما إذا كان للموجب مواضيع تخييرية تستحق الاداء فى آجال موقوتة (prestations périodiques portant sur des objets alternatifs) ، فإن اختيار أحدها فى أجل لا يمنع صاحب الحق من اختيار غيره فى أجل آخر ، إذا كان لا يتحصل العكس من الصك الأساسى أو العادة المألوفة أو ما يرجح أنه مشيئة الطرفين .

م ٥٩ — إذا توفى الفريق الذى له حق الاختيار قبل أن يختار فإن حقه ينتقل إلى ورثته ، وإذا أعلن عجزه (si elle tombe en état d'insolvabilité déclarée) يصبح حق الاختيار لجماعة الدائنين (masse des créanciers) . وإذا لم يتفق الوارثون أو الدائنون ، كان للفريق الآخر أن يطلب تحديد مهلة لهم حتى إذا انقضت أصبح حق الاختيار لهذا الفريق .

م ٦٠ — تبرأ ذمة المديون بأداء أحد الأشياء الموعود بها ، لكنه لا يستطيع إجبار الدائن على قبول جزء من هذا الشىء وجزء من ذاك . ولا يحق للدائن أن يطلب إلا أداء أحد الأشياء برمته ، ولا يستطيع إجبار المدين على التنفيذ بأداء جزء من هذا وجزء من ذاك .

م ٦٤ — إذا امتنع المديون عن الاختيار ، أو كان ثمة مديونون لم يتفقوا على الاختيار ، حق للدائن أن يطلب من القاضى تحديد مهلة لهم وتعيين الشىء الذى يجب أداؤه إذا لم يختاروا فى خلال هذه المهلة .

م ٦٥ — إذا كان الاختيار من حق الدائن وكان متأخراً عنه ، حق للفريق الآخر أن يطلب تعيين مهلة كافية للدائن ليتمكن من الجزم فى الأمر ، فاذا انقضت المهلة قبل وقوع اختياره أصبح هذا الحق للمديون .

(وهذه النصوص وما تشتمل عليه من تفصيلات تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، بعضها نص عليه هذا التقنين ، وبعضها لا حاجة فيه إلى النص إذ يمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة . لكن يلاحظ على نصوص التقنين اللبنانى أمران : (١) قيام تعارض بين المادة ٥٩ وتقضى بأنه فى حالة عدم اتفاق ورثة المدين أو دائنيه على اختيار محل الالتزام ينتقل حق الخيار للدائن ، وبين المادة ٦٤ وتقضى بأنه فى حالة رفض المدين اختيار محل الالتزام أو عدم اتفاق المدينين المتعددين على اختياره يتولى القاضى تعيينه . (٢) تقضى المادة ٥٩ بأنه إذا شهر إعسار الطرف الذى له حق الاختيار ، فان حقه فى الاختيار ينتقل إلى جماعة الدائنين (masse des créanciers) . وغنى عن البيان أن هذا إذا أمكن تصوره فى الإفلاس حيث تندمج جماعة الدائنين فى اتحاد (masse) يمثله السنديك ، فانه لا يمكن تصوره فى الإعسار إذ الدائنون لا يندمجون فى اتحاد ولا يمثلهم سنديك . ولكن التقنين اللبنانى صريح فى أن حق الاختيار فى حالة الإعسار يكون لجماعة الدائنين ، فيجب التسليم بأن هذا الحق ينتقل إليهم جميعاً ، فان لم يتفقوا بعد تحديد مهلة لهم انتقل الحق إلى الطرف الآخر كما تذكر المادة ٥٩) .

فأمامنا إذن حالتان : حالة ما إذا كان الخيار للمدين وحالة ما إذا كان الخيار للدائن . وسواء كان الخيار للمدين أو للدائن ، فان التعيين متى تم يستند إلى الماضي . فيعتبر الالتزام التخييرى منذ البداية التزاما بسيطا ذا محل واحد هو المحل الذى تم اختياره . فنتكلم فى كل من هذه المسائل الثلاث .

٩٥ — التعيين اذا كان الخيار للمدين : إذا كان الخيار للمدين ، فانه يستعمل خياره ، وفقاً للقواعد العامة ، باعلان إرادته فى أنه اختار محلا معيناً من المحال المتعددة لالتزامه التخييرى . وهذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، وهى ككل إرادة لا تحدث أثرها إلا إذا وصلت إلى علم الدائن (م ٩١ مدنى) . وقبل وصولها إلى علم الدائن يستطيع المدين أن يعدل عنها إلى إرادة أخرى يختار بها محلا آخر ، بشرط أن تصل هذه الإرادة الأخرى إلى علم الدائن قبل وصول الإرادة الأولى . وكل هذا إنما هو تطبيق للقواعد العامة(١).

كذلك يستطيع المدين أن يكشف عن إرادته فى تعيين المحل الواجب الأداء فى عن طريق التنفيذ . فهو متى عمد إلى تنفيذ محل من المحال المتعددة لالتزامه التخييرى ، اعتبر هذا التنفيذ — ولو كان تنفيذاً جزئياً — بمثابة إعلان عن إرادته الاختيار . ويتعين على هذا النحو المحل الواجب الأداء ؛ ولا يجوز عندئذ للمدين إلا أن يمضى فى التنفيذ ما دام قد بدأه ، ولا يستطيع العدول عن تنفيذ محل إلى تنفيذ محل آخر . وكالتنفيذ الفعلى العرض الحقيقى ؛ فاذا عرض المدين على الدائن عرضاً حقيقياً ، وفقاً للإجراءات المقررة ، أحد محال الالتزام التخييرى ، اعتبر هذا العرض إعمالا لحق الخيار . وحتى لو رجع المدين فى العرض ، بقى التعيين قائماً ، باعتبار أن العرض قد تضمن التعيين النهائى لمحل الالتزام(٢).

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨ — ص ٣٩ . ولا محل للبحث فيما إذا كان يجوز لدائنى المدين استعمال حقه فى الخيار إذا امتنع هو عن استعماله ، فالقانون يقضى بأن القاضى فى هذه الحالة يتولى الاختيار بنفسه . ولكن يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى اختيار المدين — والاختيار تصرف قانونى مفقر — إذا تواطأ مع الدائن إضراراً بحقوقهم وتوافرت شروط الدعوى البولصية الأخرى .

(٢) أنظر عكس ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٩ . ذلك أن الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المدين لا يستطيع استعمال خياره إلا عن طريق تنفيذ أحد محال الالتزام ، ولا يكفى أن يعلن ـــ

= إرادته فى الاختيار دون أن يصل إلى الدائن ما اختاره، حتى لا تنتقل تبعة الهلاك إلى الدائن بمجرد إعلان المدين إرادته فى اختيار محل الالتزام ، فإن تبعة الهلاك فيما يجب نقل ملكيته ، فى القانون الفرنسى ، تكون على الدائن حتى قبل التسليم متى انتقلت إليه الملكية . والفقه الفرنسى ، فى مذهبه هذا ، يعتبر أن التخيير فى الالتزام التخييرى ينطوى على ضرب من الضمان للدائن يتوقى به أن يحمل تبعة هلاك الشىء ، فينبغى أن يؤتى هـذا الضمان ثمرته ، ولا تنتقل تبعة الهلاك إلى الدائن إلا إذا تسلم فعلا الشىء الواجب الأداء . ومن ثم لا يستطيع المدين أن يعمل اختياره لهذا الشىء إلا عن طريق التنفيذ الفعلى ، بأن يسلم الدائن الشىء الذى وقع عليه اختياره (لارومبيير ٣ م ١١٩٠ فقرة ٣ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٨ — كوليه دى سانتير ٥ فقرة ١٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٩ — فقرة ٢٨٠ — عكس ذلك : هيك ٧ فقرة ٢٩١ — لوران ١٧ فقرة ٢٣٢) . وغنى عن البيان أن هذه الاعتبارات لا تقوم فى القانون المصرى ، فتبعة الهلاك قبل التسليم لا تنتقل إلى الدائن عندنا حتى لو انتقلت إليه ملكية الشىء . فالقول بأن المدين يستطيع أن يختار بإعلان إرادته وقبل التسليم ليس من شأنه ، فى القانون المصرى ، أن ينقل تبعة الهلاك إلى الدائن ، بل تبقى التبعة على المدين حتى يتم التسليم . ومن ثم لا يوجد محظور فى القانون المصرى، كما وجد فى القانون الفرنسى ، من القول بأن المدين يستطيع أن يعجل الخيار عن طريق إعلان إرادته ، فلا تزال تبعة الهلاك بعد ذلك عليه ، وبهذا يتوافر للدائن الضمان المنشود من الالتزام التخييرى. هذا إلى أن القول بإمكان استعمال الخيار من طريق إعلان المدين لإرادته هو الذى يتفق مع القواعد العامة، وقد أخذ به التقنين المدنى الألمانى (م ٢٦٣) والتقنين المدنى الأسبانيولى (م ١١٣٣) .

ويثير بودرى وبارد فى هذه المناسبة مسألة تعيين المحل فى الالتزام بشىء غير معين بالذات (obligation de genre) ، فهل يتعين بالفرز وتنتقل الملكية من هذا الوقت ومعها تبعة الهلاك (فى القانون الفرنسى) إلى الدائن ، أو لا يتعين المحل إلا بالتسليم فلا تنتقل الملكية وتبعة الهلاك إلا من ذلك الوقت ؟ فالقائلون بأن المحل يتعين بالفرز يسلمون بأن الالتزام يتحول قبل تنفيذه إلى التزام بشىء معين بالذات ، والقائلون بأن المحل يتعين بالتسليم يأبون أن يتحول الالتزام ما دام قائماً عن طبيعته فيصبح التزاماً بشىء معين بالذات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ — ويذهب إهرنج : أعمال مختارة ١ ص ١٤١ — إلى أن المحل لا يتعين إلا بالتسليم . ولكن الفقهاء الألمان بعد إهرنج ذهبوا إلى أن الفرز هو الذى يعين المحل ولو تم قبل التسليم : بودرى وبارد ٢ ص ٢١٨ هامش رقم ٣) . ومهما يكن من أمر فإن مسألة تعيين محل الالتزام بشىء غير معين بالذات غير مسألة تعيين محل الالتزام التخييرى، ولا يتحتم أن تقاس المسألة الثانية على المسألة الأولى . فقد يصح أن يقال إن الالتزام بشىء غير معين بالذات يبقى على طبيعته ما دام التزاماً قائماً، أما الالتزام التخييرى فلا يوجد مانع من وقوعه على محل معين بالذات، فلو كان هذا المحل المعين بالذات هو الذى وقع عليه الاختيار، لم يكن من شأن هذا التعيين أن يقلب طبيعة الالتزام، فالالتزام منذ البداية محله معين بالذات . على أن إهرنج ، وهو القائل بوجوب التسليم لتعيين محل الالتزام بشىء غير معين بالذات ، يقول فى الوقت نفسه إن إعلان المدين ارادته يكفى لتعيين محل الالتزام التخييرى (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ ص ٢٢٠ — ص ٢٢١) .

ويغلب أن يحدد الطرفان ميعاداً يستعمل فى خلاله الخيار . بل إن التقنين المدنى العراقى يوجب تحديد ميعاد ، فان الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من هذا التقنين تنص على أنه « يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار » . فاذا حدد ميعاد ، وجب أن يعلن المدين اختياره فيه ، فاذا انقضى الميعاد دون أن يعلن المدين اختياره، تولى القاضى الاختيار على النحو الذى سنبينه . أما إذا لم يحدد ميعاد للاختيار ، فيكون للدائن ، إذا لم يعمل المدين حق خياره فى وقت معقول(١) ، أن يلجأ إلى القاضى ليحدد أجلا للمدين يختار فيه ، بحيث إذا انقضى هذا الأجل ولم يختر المدين ، تولى القاضى الاختيار بنفسه كما سيأتى .

وعلى أية صورة أعمل المدين حق الخيار ، فان خياره يجب أن يقع على واحد من المحال المتعددة لالتزامه التخييرى ، ولا يجوز أن يعدوها جميعاً إلى شىء آخر . ويجب ، إلى ذلك ، أن يختار واحداً بأكمله من هذه المحال ، فلا يجوز أن يختار جزءاً من أحدها وجزءا من محل آخر ، فان هذا التلفيق تأباه طبيعة الالتزام التخييرى . وقدنص التقنين المدنى الفرنسى على هذا الحكم ، إذ تقول المادة ١١٩١ من هذا التقنين : « يستطيع المدين الوفاء بالتزامه بتسليمه أحد الشيئين المتعهد بهما ، ولكنه لا يستطيع إجبار الدائن أن يتسلم جزءاً من أحد هذين الشيئين وجزءاً من الشىء الآخر »(٢) . وهذا الحكم بديهى ، ويمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص(٣) .

وإذا كان الالتزام التخييرى التزاماً زمنياً أو التزاماً ينفذ فى آجال دورية ،

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣ .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : art. 1199 : Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.

وأنظر أيضاً المادة ٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « وقد عنى التقنين البولونى بتقرير حكم آخر .. فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢ على أنه لا يجوز للدائن أو المدين أن يقتصر على الوفاء بشق من أحد محلى التخيير وشق من المحل الآخر : أنظر كذلك المادة ١١٩١ من التقنين الفرنسى والمادة ٦٠ من التقنين اللبنانى والمادة ١٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٥٦/٤٦ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١١٧٧ من التقنين الإيطالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨) .

كما إذا تعهد مورد الأغذية أن يورد أغذية لإحدى المدارس أو لأحد المستشفيات فى مواعيد دورية ، على أن يترك له الخيار فى توريد صنف أو أكثر من أصناف متعددة من الأغذية ، فانه يجوز للمورد أن يختار أصنافاً معينة فى أجل من هذه الآجال الدورية ، ثم يختار أصنافاً أخرى غير الأصناف التى اختارها أولا فى أجل آخر . وهذا ما لم يتبين من إرادة الطرفين أو من ظروف التعاقد أنه متى اختار صنفاً معيناً فى أجل تقيد به فى الآجال التالية . وهذا الحكم أيضا بديهى يمكن استخلاصه دون نص من تطبيق القواعد العامة ، وقد نص عليه صراحة تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١).

وإذا مات المدين قبل أن يعمل خياره ، انتقل حق الخيار إلى الورثة ، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة(٢). وقد نص على هذا الحكم صراحة كل من التقنين المدنى العراقى (م ٣٠٠) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٥٩) . وإذا تعدد المدينون ، سواء عن طريق تعدد الورثة أو بأن كان المدينون فى الأصل متعددين ، وجب أن يتفق الجميع على اختيار أحد محال الالتزام التخييرى . فاذا لم يتفقوا ، اعتبروا فى حكم الممتنعين عن إعمال حق الخيار .

وحكم امتناع المدين عن إعمال حق الخيار هو ما قررته العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٧٦ مدنى(٣) : أن يتولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام فالدائن يطلب إلى القاضى اولا تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون إذا تعددوا أصلا أو تعددت الورثة . فاذا انقضى هذا الأجل دون أن يختار المدين أو دون أن يتفق المدينون أو الورثة ، تولى القاضى بنفسه اختيار المحل الواجب الأداء ، مسترشدا فى ذلك بارادة الطرفين المشتركة ، وبخاصة إرادة المدين إذا

---

(١) أنظر المادة ٥٨ من هذا التقنين . وأنظر : توليه ٦ فقرة ٦٩٣ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٢ — لوران ١٧ فقرة ٢٤٤ — هيك ٧ فقرة ٢٩١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٠ — وقارن ديرانتون ١١ فقرة ١٤١ .

(٢) وقد رأينا أن خيار التعيين فى الفقه الإسلامى ينتقل إلى الورثة بعد موت المدين (أنظر آنفا فقرة ٨٤ فى الهامش) .

(٣) أنظر أيضاً المادة ٦٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وقارن المادة ٥٩ من نفس التقنين .

كان يستطيع وحده أن ينفرد بالاختيار ولم يفعل ، ومسترشداً أيضاً بظروف التعاقد وبغير ذلك من الملابسات . ولا ينتقل الخيار هنا إلى الدائن ، حتى لا يوضع المدين تحت رحمته(١). وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للدائن وأبى أن يعمل حقه فيه ، فسنرى أن الخيار فى هذه الحالة ينتقل إلى المدين ، إذ يغتفر من تحكم المدين ما لا يغتفر من تحكم الدائن(٢).

٩٦ — التعيين إذا كان الخيار للدائن : وما قدمناه من الأحكام فيما إذا كان الخيار للمدين يسرى ، فيما عدا مسائل قليلة ، على الحالة التى يكون فيها الخيار للدائن ، إذا كان مشترياً مثلا ، واحتفظ لنفسه بحق اختيار شىء اشتراه من بين عدة أشياء ، بأن تكون هذه الأشياء من أصناف أو أحجام أو

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١٠٧٣ — والتون ٢ ص ٢٧٦ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ — ويرى بيدان ولاجارد (جزء ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨) أنه فى حالة تعدد الورثة يؤخذ أولا بأغلبية الآراء، فان لم توجد أغلبية تولى القاضى التعيين . ويقضى التقنين المدنى الألمانى (م ٢٦٤) كما رأينا بأن الخيار ينتقل إلى الدائن .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص نص المادة ٢٧٦ مدنى ما يأتى : « يتناول هذا النص حكم امتناع من يعهد إليه بالاختيار عن استعمال حقه . فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الإفصاح عن رأيه ، ضرب له القاضى أجلا يختار فيه . وللقاضى أن يعين فى الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من بين ما يرد التخيير عليه ، فيما لو امتنع المدين عن الاختيار فى هذا الأجل . وقد يعترض بأن القاضى فى هذا الوضع يخرج عن حدود المألوف فى وظيفته ، ويقيم نفسه مقام المدين فى تنفيذ التزامه . بيد أن مثل هذا الاعتراض غير ظاهر الوجاهة ، فقد تقدم أن القاضى يتدخل فى تنفيذ العقود ، بل وفى تكوين بعضها ، إذا اقتضت ذلك ضرورة قاهرة أو ملحة . والحق أن تدخل القاضى فى هذه الحالة بخصوصها حتم لا محيص عنه ، فليس فى الوسع خلع حق الخيار عن المدين وإسناده إلى الدائن ، لأن ذلك يفضى إلى تحكم الثانى فى الأول خلافاً لما تقضى به قاعدة ترجيح جانب المدين عند الشك . أما إذا كان الخيار ، على نقيض ذلك ، موكولا إلى الدائن وامتنع عن مباشرة هذا الحق ، حتى فى الأجل الذى حدده القاضى له ، فليس ثمة ما يحول دون إسناد الخيار إلى المدين . هذا وقد يتعدد من يعهد إليهم بالخيار ، كما هو الشأن فى تعدد المدينين أو خلفاء المدين ، أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن ، وفى هذه الحالة يتعين اتفاق أولئك أو هؤلاء جميعاً على الخيار وإلا تولاه القاضى . وقد استظهرت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى هذا الحكم فنصت على أنه « إذا كان الخيار لأشخاص متعددين ، فللقاضى أن يضرب لهم أجلا للاتفاق وإعلان اختيارهم ، فان لم يعلنوا ذلك فى خلال الأجل المحدد ، تولى القاضى الاختيار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) .

أو ألوان مختلفة ويريد أن ينتقي الصنف أو الحجم أو اللون الذي يلائمه . فيستطيع أن يعمل خياره عن طريق إرادة يعلنها إلى المدين ، وتحدث أثرها عندما تصل إلى علم المدين فيتعين المحل الواجب الأداء . وله أن يرجع فيها ، ويحل محل الاختيار الأول اختياراً آخر إذا وصل هذا الاختيار الآخر إلى علم المدين قبل وصول الاختيار الأول . وبمجرد أن تصل إرادة الدائن إلى علم المدين ، فان المدين يصبح في حل من التصرف في سائر محال الالتزام التي لم يقع عليها اختيار الدائن ، ولا يحتجز الدائن إلا المحل الذي وقع عليه الاختيار(١) .

كذلك يستطيع الدائن أن يعمل حقه في الخيار عن طريق التنفيذ الفعلي ، بأن يقبض من المدين محلا معينا من المحال المتعددة أو يطالبه بأداء محل معين . ويعتبر التنفيذ الجزئي — بأن يقبض جزءاً من محل معين مثلا — بمثابة التنفيذ الكلي من حيث إعمال حق الخيار . فلا يستطيع الدائن بعد أن قبل التنفيذ الجزئي في محل معين إلا أن يمضي في التنفيذ إلى غايته في نفس هذا المحل .

ولا بد أن يختار الدائن في الميعاد المحدد إذا حدد ميعاد ، وإلا ففي ميعاد معقول . فان امتنع عن الاختيار ، جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء على الوجه الذي سنبينه .

كذلك يجب أن يختار الدائن محلا من المحال المتعددة للالتزام التخييري ، فلا يختار شيئاً آخر خارجا عن هذا النطاق . وليس له أن يختار جزءاً من محل وجزءاً من محل آخر ، حكمه في ذلك حكم المدين الذي يكون له الخيار .

وإذا كان الالتزام التخييري زمنيا أو ينفذ في آجال دورية ، جاز للدائن — المدرسة أو المستشفى في مَثَل مورد الأغذية الذي سبق إيراده — أن يختار صنفاً في أجل وصنفاً آخر في أجل بعده ، على النحو الذي بيناه في حالة ما إذا كان الخيار للمدين .

---

(١) والفقه الفرنسي هنا يسلم بجواز أن يعمل الدائن حق الخيار عن طريق إعلان إرادته ، فان امتناع هذا الطريق على المدين إذا كان هو الذي له الخيار إنما تقرر رعاية لمصلحة الدائن حتى لا يكون هناك انتقاص للضمان الذي قصد إليه من الالتزام التخييري ، أما إذا كان الدائن هو الذي له الخيار واختار عن طريق إعلان إرادته فلا بد أن يكون قد اختار طريقاً لا يتعارض مع مصلحته (لوران ١٧ فقرة ٢٣٧ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٦٧ — ومع ذلك أنظر ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٩ — وقارن كذلك أنسيكلوبيدي داللوز ٣ لفظ obligation فقرة ٥٥).

وإذا مات الدائن انتقل الخيار لورثته . وإذا تعدد الدائنون أو تعددت الورثة وجب أن يتفق الجميع على اختيار شيء واحد ، وإلا عدوا ممتنعين عن استعمال حق الخيار .

وحكم امتناع الدائن عن استعمال حق الخيار هو ما قررته العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٦(١) : أن ينتقل الخيار إلى المدين . فالمدين يطلب من القاضي أولا أن يعين أجلا يختار فيه الدائن ، أو يتفق فيه الدائنون المتعددون أو الورثة ، فإذا انقضى الأجل دون أن يختار الدائن أو دون أن يتفق الدائنون المتعددون أو الورثة ، فهنا — خلافا للحالة التي يكون فيها الخيار للمدين على ما قدمنا — ينتقل الخيار من الدائن إلى المدين ، وهذا بموجب نص صريح في التقنين المدني المصري(٢). ولو لم يوجد هذا النص ، لما أمكن تقرير هذا الحكم ، ولوجب — كما هو الأمر في القانون الفرنسي(٣) — أن يتولى القاضي هنا أيضاً الاختيار بنفسه(٤).

ويلاحظ أن الخيار إذا كان لأجنبي ، طبقت في حقه الأحكام المتقدمة . لكن إذا امتنع الأجنبي عن الخيار ، تولى القاضي الاختيار بنفسه تطبيقاً للقواعد

---

(١) أنظر أيضاً المادة ٦٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) وقد نزل التقنين المصري الجديد في ذلك عند القاعدة التي تنص بأن يكون التفسير عند الشك في مصلحة المدين ، كما نزل عند هذه القاعدة ذاتها عندما قضى بأن يكون الخيار للمدين إذا لم ينص العقد أو القانون على من يكون له الخيار (الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ١٩٦) .

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧٢ — قارن لوران ١٧ فقرة ٢٣٩ — عكس ذلك ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١ .

(٤) وكان القاضي هو الذي يتولى الاختيار بنفسه في عهد التقنين المدني السابق وقد خلا هذا التقنين من نص على انتقال الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣ ، وأنظر آنفا فقرة ٩٤ في الهامش) . وقد سبق أن ذكرنا أن العبرة في سريان التقنين الجديد بوقت نشوء الالتزام ، فإن نشأ الالتزام التخييري الذي يكون فيه الخيار للدائن قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وامتنع الدائن عن إعمال حقه في الخيار ولو وقع الامتناع بعد هذا التاريخ ، فالتقنين السابق هو الذي يسري ويتولى القاضي تعيين محل الالتزام بنفسه . أما إذا نشأ الالتزام في وقت غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين الجديد هو الذي يسري وينتقل الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش) . وقد قدمنا أن التقنين المدني الألماني (م ٢٦٤) يجعل الخيار ينتقل من الدائن إلى المدين ومن المدين إلى الدائن على حد سواء .

العامة . ولا ينتقل الخيار إلى المدين لأن انتقال الخيار إلى من ليس له حق الخيار يقتضي نصاً خاصاً ، فان [illegible] النص وجب أن يتولى القضاء الاختيار .

٩٧ — استناد تعيين المحل الى الماضي : وأياً كان الشخص الذى يثبت له حق الخيار ، فانه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذى قدمناه ، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام ، وانقلب الالتزام التخييرى التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذى وقع عليه الاختيار(١) .

ويستند هذا التعيين بأثر رجعي إلى الماضي ، أى أن المحل الذى وقع عليه الاختيار يعتبر منذ نشوء الالتزام هو المحل الوحيد ، ويعتبر الالتزام بسيطاً لا تخييريا منذ نشوئه لا منذ إعمال حق الاختيار . وليس هذا الاستناد إلى الماضي

---

(١) وقد يقع من له حق الاختيار — المدين أو الدائن — فى غلط ، فيؤدى أو يستأدى شيئاً وهو جاهل أن له حق الخيار فى تأدية أو استئداء هذا الشيء أو فى تأدية أو استئداء شيء آخر غيره .

فيقع الغلط من المدين فيما إذا كان وارثاً مثلا لمدين بالتزام تخييرى وهو يعتقد أن التزام مورثه التزام بسيط ذو محل واحد ، فيؤديه للدائن ، ثم ينكشف له الغلط . فى هذه الحالة يجوز له — إذا اختار أن يؤدى الشيء الآخر — أن يسترد من الدائن الشيء الذى سبقت له تأديته فى مقابل أن يؤدى له الشيء الذى اختار أداءه (توليه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٤ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) . على أن الدائن إذا كان قد قبض الشيء الأول وهو حسن النية ، ثم باعه ، فان المدين لا يسترد إلا الثمن بشرط أن يزيد هذا الثمن على قيمة الشيء الثانى الذى اختار المدين أداءه (توليه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) . أما إذا كان الوارث الذى وقع فى الغلط اعتقد أن الواجب هو أداء الشيئين معاً ، بأن ظن أن الالتزام متعدد المحل وليس بتخييرى ، كان من حقه بعد أن ينكشف له الغلط أن يسترد أيا من الشيئين يختاره . فاذا كان أحد الشيئين قد هلك فى يد الدائن بسبب أجنبي ، لم يعد للمدين أن يسترد الشيء الآخر فقد تركزت محلية الالتزام فيه (توليه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٧ — فقرة ٥٩ — لوران ١٧ فقرة ٢٣٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٣١) .

ويقع الغلط من الدائن فيما إذا اعتقد [illegible] هو أو وارثه — أن الالتزام بسيط وأن الشيء الذى أداه له المدين هو المحل [illegible] . وكان يجهل أن الالتزام تخييرى وأن له (أى للدائن) حق الخيار . فى [illegible] — إذا اختار الشيء الآخر — أن يرد الشيء الذى [illegible] المدين [illegible] هو ([illegible] ٣ م ١١٩٠ فقرة ٦ — ديمولومب ٢٦ [illegible] ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٣٠) .

يرجع إلى أن المحل المعين كان محلا للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار ، فقد قدمنا أن الالتزام التخييرى ليس بالتزام شرطى(١) وإنما يرجع الاستناد إلى أن المحل الذى عين كان منذ البداية محلا للالتزام : إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الأخرى ، فبتعيينه تركزت المحلية فيه ، واعتبر هو المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام . وهذا ما يسميه الفقه الألمانى بالتركز (concentration) ، ويفسرون به الاستناد إلى الماضى ، مفرقين بين الالتزام التخييرى والالتزام الشرطى . فعند الألمان ليس للشرط بوجه عام أثر رجعى . كما قدمنا ، أما التعيين فى الالتزام التخييرى فله أثر رجعى(٢).

ويترتب على هذا الأثر الرجعى والاستناد إلى الماضى نتائج هامة نذكر منها ما يأتى :

(١) تتحدد طبيعة الالتزام التخييرى منذ البداية بالتعيين الذى سيتم بعد نشوء الالتزام ، والذى يستند إلى وقت نشوئه . فاذا كانت محال الالتزام التخييرى بعضها عقار وبعضها منقول أو بعضها قابل للتجزئة وبعضها غير قابل لها ، ثم تعين من بينها المحل الواجب الأداء فاذا هو عقار مثلا أو هو شىء غير قابل للتجزئة ، اعتبر الالتزام التخييرى منذ البداية التزاما بسيطا عقاريا أو التزاما بسيطا غير قابل للتجزئة(٣) .

(٢) إذا كانت محال الالتزام التخييرى نقل ملكية أشياء متعددة ، ووقع الاختيار على شىء واحد من هذه الأشياء ، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء

---

(١) ويقول بالالتزام الشرطى ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ . وانظر أيضا بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٧٨ ص ٤٦٢ .

(٢) سالى بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى فقرة ١٠ ص ١٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩١ ص ٢٦٩ — وانظر عكس ذلك فى أن التعيين لا يستند إلى الماضى وليس له أثر رجعى : لوران ١٧ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤١ — هيك ٧ فقرة ٢٩١ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٨١ — فقرة ٢٨٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٠ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٨ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٥ .

الالتزام كما فى المنقول المعين بالذات، فان ملكية الشيء الذى وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار ، ويعتبر الدائن مالكا للشيء منذ البداية (١) .

(٣) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره فى الفترة مابين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار ، فما دام الدائن يعتبر مالكاً للشيء منذ نشوء الالتزام ، فأنه يستطيع أن يسترده من التفليسة أو من مال المعسر دون أن يشاركه فيه سائر دائنى المدين(٢) .

(٤) إذا تصرف الدائن فى الشيء فى الفترة مابين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار ، ثم وقع الاختيار على هذا الشيء، اعتبر الدائن أنه قد تصرف فى ملكه منذ تاريخ هذا التصرف . وإذا كان الشيء عقاراً وسجل التصرف قبل إعمال حق الخيار ، انتقلت الملكية إلى المتصرف إليه بالتسجيل وفى تاريخ سابق على إعمال حق الخيار(٣) .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٦ — انظر عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٢٢١ — فقرة ٢٢٣ — توليه ٦ فقرة ٦٩٥ — لارومبيير ٣ م ١١٩٣ — ١١٩٤ فقرة ٢ .

والظاهر أن نقل الملكية فى خيار التعيين فى الفقه الإسلامى يستند إلى الماضى فى حالة ما إذا كان الخيار المشترى أى للدائن . جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١ — ص ٢٦٢) فى خصوص ما إذا كان الخيار للمشترى : « فحكمه ثبوت الملك للمشترى فى أحد المذكورين غير عين .. والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده إذا قبضه لأنه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة .. ولو تصرف البائع فى أحدهما فتصرفه موقوت ، إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف فى ملك غيره ، وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف فى ملك نفسه فينفذ » . أما فى خصوص ما إذا كان الخيار للبائع ، فالظاهر أن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فلا يجوز للمشترى أن يتصرف فى أى من الشيئين . جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٣) فى هذا الصدد : « فلا يجوز للمشترى أن يتصرف فيهما ولا فى أحدهما ، لأن أحدهما ليس بمبيع بيقين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه . ولو تصرف البائع فى أحدهما جاز تصرفه فيه ، ويتعين الآخر للبيع ، وله خيار الإلزام فيه والفسخ . ولو تصرف فيهما جميعا ، جاز تصرفه فيهما ، ويكون فسخا للبيع ، لأن تصرفه فيهما دليل إقرار الملك فيهما فيتضمن فسخ البيع كما فى المبيع المعين » .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ ص ٢٢٧ .

§ ٢ — أحكام الهلاك

٩٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٧ من التقنين المدنى على ماياتى :

« إذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شىء استحال تنفيذه »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق فيض من النصوص تبسط فيها هذا التقنين ، مفصلا أحكام تحمل تبعة الهلاك ، وهى المواد ١٥١/٩٧ و١٥٣/٩٩ و١٥٤/١٠٠(٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً . وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا لفظياً فتمت المطابقة ، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ و ص ٤٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٥١/٩٧ : إذا صارت إحدى الكيفيات المعينة للتنفيذ غير ممكن الحصول عليها ، فيكون قاصراً على الكيفية الممكن تنفيذ التعهد بها .

م ١٥٣/٩٩ : إذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بتقصير المتعهد ، فللمتعهد له الخيار بين طلب الوفاء بالطريق الممكن وبين طلب التعويض المترتب على عدم الوفاء بالطريق الآخر .

م ١٥٤/١٠٠ : وإذا صار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير المتعهد ، فحق الخيار للمتعهد له لم يزل باقياً بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء .

(وهذه حالات مختلفة ، أجرى عليها التقنين المدنى السابق القواعد العامة فانتهى إلى حلول يمكن الأخذ بها دون نص . ولا تزال هناك حالات أخرى سكت عنها التقنينان القديم والجديد لوضوحها من حيث تطبيق القواعد العامة . إلا أن الحالتين اللتين أوردهما التقنين الجديد — ولم يعرض لهما التقنين القديم — هما الحالتان الجديرتان بالذكر ، لأن الحل الذى ينتهى إليه فيهما تطبيق القواعد العامة فى حاجة إلى التجلية والبيان) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٧ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٠١ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٦١—٦٣و٦٦—٦٧(١) .

ويتبين من النص السالف الذكر أن التقنين المدنى المصرى اقتصر على إيراد الحكم فى صورة واحدة من صور استحالة تنفيذ بعض أو كل الأشياء المتعددة

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٧٧ (مطابقة للمادة ٢٧٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٤ (مطابقة للمادة ٢٧٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٠١ : إذا كان خيار التعيين للمدين ، وهلك أحد الشيئين فى يده ، كان له أن يلزم الدائن بالثانى ، فإن هلكا معاً انفسخ العقد . وإذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشيئين ، فيكون ملزماً بدفع قيمة آخر شىء هلك .

(والتقنين العراقى عرض للصورة التى عرض لها التقنين المصرى ، وعرض لها نفس الحل . وأضاف صورتين أخريين طبق فيهما القواعد العامة ، فانتهى إلى حلول يمكن الأخذ بها فى مصر دون نص . انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٧٢—فقرة ١٧٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦١ : إذا كان أحد المواضيع وحده قابلا للتنفيذ ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة (هذا الحكم يتفق مع المبادىء العامة ويمكن تطبيقه فى مصر) .

م ٦٢ : يسقط الموجب التخييرى إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة فى وقت واحد بدون خطأ من المديون وقبل تأخره (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادىء العامة ويمكن تطبيقه فى مصر) .

م ٦٣ : إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة فى وقت واحد بخطأ من المديون أو بعد تأخره ، أمكن الدائن أن يطالبه بثمن ما يختاره من تلك المواضيع (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادىء العامة ويمكن تطبيقه فى مصر) .

م ٦٦ : إذا حدث فى الحالة المشار إليها فى المادة السابقة (الخيار للدائن) أن تنفيذ أحد مواضيع الموجب أصبح مستحيلا بخطأ من المديون أو بعد تأخره ، حق للدائن أن يطالب بالموضوع الذى بقى ممكناً أو بأداء عوض يناسب الضرر الناجم عن استحالة تنفيذ ذلك الموضوع (يتفق هذا النص فى الحكم مع المادة ٩٩/١٥٣ من التقنين المدنى المصرى السابق ، ويتفق أيضاً مع المبادىء العامة فيمكن تطبيقه فى مصر) .

م ٦٧ : إذا أصبح تنفيذ أحد مواضيع الموجب مستحيلا بخطأ الدائن ، يعد كأنه اختار هذا الموضوع ، فلا يمكنه أن يطالب بما بقى ممكنا من المواضيع (كان تطبيق القواعد العامة يقضى بأن الدائن فى هذه الحالة يختار بين أن يعتبر نفسه قد اختار المحل الهالك وبين أن يطالب بالشىء الباقى مع دفع تعويض عما تسبب فى هلاكه بخطئه . وهذا هو الحل الواجب الاتباع فى مصر ، ما دام التقنين المصرى لا يتضمن نصاً كنص التقنين اللبنانى) .

التى اشتمل عليها محل الالتزام التخييرى . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، بياناً لذلك ، ما يأتى : « يواجه هذا النص حكم استحالة تنفيذ أمر أو أكثر من الأمور التى يرد التخيير عليها . ورغم أن هذا الحكم محدود الأهمية من الناحية العملية . فقد جرت التقنينات اللاتينية على الإسهاب بشأنه ، فأوردت نصوصاً كثيرة ليست فى جملتها إلا تطبيقات بينة للقواعد العامة . على أن المشروع لم ير مجاراة هذه التقنينات ، بل اجتزأ بنص واحد واجه فيه فرضاً ليس لتطبيق القواعد العامة فيه حظ موفور من الوضوح »(١) .

ويحسن أن نستعرض الصور المنطقية لحالة ما إذا استحال تنفيذ كل أو بعض الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها الالتزام التخييرى ، مطبقين فى كل صورة منها القواعد العامة لنصل إلى الحل الواجب الاتباع فى مصر ؛ وستأتى الصورة التى عرض لها النص ضمن هذه الصور .

وتوخياً للوضوح نفرض أن هذه الأشياء المتعددة هما شيئان معينان بالذات ، وأن عينا منهما أو الاثنين معاً قد هلكا . وما نقوله فيما إذا كان المحل أحد عينين معينين بالذات يصلح لما إذا كان المحل يشمل أكثر من عينين أو يشمل عملا أو امتناعاً عن عمل . ومن ثم نحصر الصور المنطقية فيما يأتى : (١) هلاك الشيئين معاً بسبب أجنبى ، سواء كان الخيار للمدين أو الدائن. (٢) هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للمدين . (٣) هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للدائن . وفى الصورتين الأخيرتين المفروض طبعاً أن نستبعد من كل منهما حالة ما إذا هلك الشيئان معاً بسبب أجنبى ، فهذه حالة قد استغرقتها الصورة الأولى .

٩٩ — هلاك الشيئين معاً بسبب أجنبى : هذه الحالة نتخفف منها منذ البداية ، لأن تطبيق القواعد العامة فيها واضح كل الوضوح . فما دام الشيئان — أو الأشياء جميعا — قد هلكت بسبب أجنبى ، فقد استحال تنفيذ الالتزام ، وانقضى الالتزام التخييرى بسبب هذه الاستحالة (م ٣٧٣) مدنى ، سواء فى ذلك كان الخيار للمدين أو كان الخيار للدائن (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ — ص ٤٤ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى المادة ١١٩٥ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ٦٢ من تقنين =

١٠٠ — هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للمدين : نستبعد بداهة حالة ما إذا هلك الشيئان معاً بسبب أجنبي ، فقد مضى القول فيها . وتبقى إذن الصور الآتية :

(١) هلاك أحد الشيئين دون الآخر بسبب أجنبي : مقتضى تطبيق القواعد العامة أن الالتزام يتركز محله فى الشىء الباقى ، فليس للمدين إلا أن يختاره إذ ليس أمامه غيره(١) . و إذا شمل المحل عدة أشياء هلك أحدها ، كان للمدين أن يعين محل الالتزام شيئاً من بين الأشياء الباقية .

= الموجبات والعقود اللبنانى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبى ، انقضى الالتزام ، وفقاً للقواعد العامة ، متى شملت هذه الاستحالة جميع الأمور التى يرد التخيير عليها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) . وفى مكان آخر : « وإن كان التخيير للدائن ، واستحال تنفيذ جميع ما يردالتخيير عليه من جراء سبب أجنبى ، انقضى الالتزام طبقاً للقواعد العامة ، كما هو الشأن عندتخويل المدين خيار التعيين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

وينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ فى الصورة التى نحن بصددها سواء هلك الشيئان معاً فى وقت واحد ، أو هلك أحدهما بعد هلاك الآخر . والفرق بين هاتين الحالتين لا أهمية له من الناحية العملية ، فقد قدمنا أن الالتزام ينقضى فيهما معاً . غير أنه من الناحية النظرية يصبح الالتزام بسيطاً ، فى الحالة الثانية ، بهلاك أحد الشيئين ، ثم ينقضى بهلاك الشىء الآخر . أما فى الحالة الأولى فينقضى الالتزام وهو تخييرى دون أن يصبح بسيطاً قبل انقضائه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٢ ص ٢٣٢ هامش رقم ٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ٩٧/١٥١ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محل التخيير ، فيسقط خيار المدين ، ولا يكون له إلا الوفاء بالآخر ، وليس ثمة معدى عن إمضاء هذا الحكم ، فهو حتم تقتضيه طبيعة الأشياء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

على أنه يمكن التساؤل عما إذا كان يحق للمدين فى هذه الصورة أن يختار بين الوفاء بالشىء الباقى وبين دفع قيمة الشىء الهالك ، ولكن يعترض على هذا الحل بأنه لوسلم به لوجب ، فيما إذا هلك الشىء الباقى هو أيضاً بسبب أجنبى ، أن يفى المدين بقيمة أى من الشيئين يختاره مع أن ذمته تبرأ عند هلاك الشيئين بسبب أجنبى ولو هلكا على التوالى كما تقدم القول . بقى أن يقال أن المدين يرى نفسه مضطراً أن يفى بالشىء الباقى مع احتمال اختياره للشىء الهالك لو لم يهلك بسبب أجنبى ، فله إذن بعد أن يفى بالشىء الباقى أن يسترد من الدائن الفرق فى القيمة ما بين الشيئين فيما إذا كان الشىء الباقى أعلى قيمة من الشىء الهالك (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٧ =

(٢) هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ المدين : ما دام المدين هو الذى له حق الخيار ، فلا مناص من اعتبار الشيء الذى هلك بخطأه هو الشيء الذى لم يختره ، فلا يبقى أمامه إلا الشيء الباقى — أو أحد الأشياء الباقية يتولى اختياره — فيؤديه للدائن محلا للالتزام (١) .

(٣) هلك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ الدائن : ما دام الخيار بيد المدين ، فقد كان له أن يختار الشيء الذى هلك بخطأ الدائن أو الشيء الآخر ، فيبقى على خياره ما بين تأدية الشيء الآخر — أو شيء من الأشياء الأخرى فى حالة التعدد — للدائن مع الرجوع عليه بقيمة الشيء الذى هلك بخطأه ، أو أن يعتبر الشيء الذى هلك بخطأ الدائن هو الشيء الواجب الأداء فتبرأ ذمته من الدين ولا يرجع على الدائن بشيء (٢).

(٤) هلك الشيئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : إذا هلك الشيء الأول بخطأ المدين ، وكان الخيار له ، فان هلاك هذا الشيء بخطأه يجعل محل الالتزام يتركز فى الشيء الآخر . فان هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنبى ، فلا يزال هناك خطأ منسوب إلى المدين ، إذ هو بخطأه الأول جعل الالتزام

= ويشير إلى لابيه فى بحث له فى بعض المصريات المتعلقة بهلاك الشيء الواجب الأداء ، باتحاد الذمة ص ٥٣ وما بعدها) . ولكن إذا جاز للمدين إجبار الدائن على تقاضى الشيء الهالك لو أنه بقى قائماً ، فانه لا يجوز له أن يجبره على تقاضى الشيء الباقى مع استرداد الفرق ما بين القيمتين ، فى هذا تجوز لا تبيحه علاقة المديونية فيما بينهما .

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محل التخيير دون الآخر ، وكانت راجعة إلى خطأ المدين ، فيتعين عليه الوفاء بما يقوم به وصف الامكان حتى لا يفيد من خطأه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٢) لاروميير ٣ م ١١٩٣ — ١١٩٤ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٠ — وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإن اقتصرت الاستحالة على أحد محل التأخير ، فللمدين وقد ثبت له خيار التعيين ، أن يختار الوفاء بالآخر ، وفى هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

متركزاً فى الشىء الآخر ، ولو أنه لم يرتكب هذا الخطأ لما هلك الشىء الأول ولبقى بعد هلاك الشىء الآخر محلا للالتزام . ومن ثم يعتبر هلاك الشىء الآخر منسوباً إلى المدين حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبى ، فعليه أن يدفع قيمته للدائن . ولو تعددت الأشياء وهلكت كلها ، مع هلاك أحدها بخطأ المدين ، فان الالتزام يتركز فى آخر شىء منها ، ويعتبر هلاكه — ولو بسبب أجنبى — منسوباً إلى المدين ، فيجب عليه دفع قيمته (١) .

وإذا كان الشىء الذى هلك بخطأ المدين هو الشىء الثانى بعد هلاك الشىء الأول بسبب أجنبى ، فان الالتزام بعد هلاك الشىء الأول بسبب أجنبى يكون قد تركز فى الشىء الثانى ، وقد هلك بخطأ المدين فوجب عليه دفع قيمته (٢) .

ومن ثم يجب على المدين فى جميع الأحوال أن يدفع للدائن قيمة آخر شىء هلك : وهذه الصورة هى إحدى الصورتين اللتين عرض لهما نص المادة ٢٧٧ سالفة الذكر ، وقد كشفنا عن وجه الخفاء فى الحكم الوارد فى شأنها .

(٥) هلك الشيئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين : وهذه هى الصورة الأخرى التى عالجتها المادة ٢٧٧ مدنى . وفى هذه الصورة أيضاً ينطبق نفس الحكم الذى قدمناه فى الصورة المتقدمة . فقد هلك الشىء الأول بخطأ المدين ، فتركز الالتزام فى الشىء الثانى ، فهلك بخطأ المدين أيضاً ، فوجب عليه دفع قيمته . ولو تعددت الأشياء وهلك الشىء الأخير منها بخطأ المدين ، وجب عليه كذلك دفع قيمته بعد أن تركز الالتزام فيه (٣) .

---

(١) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٠ — فقرة ١٠٩١ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٧ . أما لو هلك الشىء الآخر — فى الحالة التى نحن بصددها — بخطأ الدائن ، فيكون الدائن بمثابة من استوفاه ، ولا يرجع على المدين بشىء .

(٢) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٩ — أما إذا كان هلاك الشىء الأول — فى الحالة التى نحن بصددها — بخطأ الدائن ، وهلك الشىء الثانى بخطأ المدين ، فالمدين إما أن يختار الشىء الأول وقد هلك بخطأ الدائن فتبرأ ذمة المدين ، وإما أن يختار الشىء الثانى فيدفع قيمته للدائن ويرجع عليه بقيمة الشىء الأول .

(٣) انظر المادة ١١٩٣ فقرة ثانية من التقنين المدنى الفرنسى ، وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٢ — فقرة ١٠٩٣ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « أما إذا كانت الاستحالة قد حدثت من جراء خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الأمور التى =

(٦) هلاك الشيئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : ومن ثم يكون هلاك الشيء الآخر بسبب أجنبي . فان كان الشيء الذي هلك أولا هو الذي هلك بسبب أجنبي ، فقد تركز محل الالتزام في الشيء الآخر الذي هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، وتبرأ ذمة المدين من الالتزام(١) . أما إذا كان الشيء الذي هلك أولا هو الذي هلك بخطأ الدائن(٢) ، فللمدين ، وله الخيار ، أن يختار الشيء الآخر ، وإذ هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنبي فقد برئت ذمة المدين بهلاكه ، ثم يرجع المدين على الدائن بقيمه الشيء الأول الذي هلك بخطأه .

(٧) هلاك الشيئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : للمدين في هذه الصورة أن يختار الشيء الذي يؤديه فتكون ذمته قد برئت بهلاكه ، ويرجع بقيمة الشيء الآخر على الدائن . ولو تعددت الأشياء اختار المدين الشيء الذي بهلاكه تبرأ ذمته ، ويرجع بقيمة بقية الأشياء على الدائن (٣) .

= يرد التخيير عليها — وهذا هو الفرض الذي عني المشروع بالنص على حكمه — فقد يتبادر إلى الذهن أن المدين ، بوصفه المتصرف في الخيار ، يستطيع أن يبرىء ذمته بأداء قيمة ما يختاره ، لاسيما أن هذا هو حكم تحقق استحالة جميع الأمور التي يرد عليها التخيير في آن واحد . ولكن ينبغي التفريق في هذا الصدد بين فروض عدة : فاذا استحال الوفاء بأحد محل التخيير قبل تحقق الاستحالة في الآخر ، وجب أن يستبعد الأول من نطاق التخيير ، ويستوى في هذا المقام أن تكون الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أم إلى حادث فجائي ، ذلك بأن المدين لا يسوغ له أن يفيد من خطأه في الحالة الأولى ، وهو ملزم بتحمل التبعة في الحالة الثانية ، ولهذه العلة يتعين عليه أداء ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤ — ٥ ؛) .

(١) وهذا هو أيضا الحكم فيما لوكان الشيء الذي هلك أولا هلك بخطأ المدين ، فإن محل الالتزام في هذه الحالة أيضا يتركز في الشيء الآخر الذي هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين من الالتزام .

(٢) ونفرض ، في الحالة التي نحن بصددها ، أن الشيء الذي هلك أولا هلك بخطأ الدائن ، وهلك الشيء الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبي . فللمدين ، وله الخيار ، أن يختار أي الشيئين . فإن اختار الشيء الأول الذي هلك بخطأ الدائن ، يكون الدائن بمثابة من استوفاه ولا يرجع بشيء على المدين ، ويتحمل المدين هلاك الشيء الآخر إذ هلك بخطأه . وإن اختار المدين الشيء الآخر الذي هلك بخطأه ، فعليه أن يؤدي قيمته للدائن ، ثم يرجع عليه بقيمه الشيء الأول .

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١١٠١ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ — وقد =

١٠١ — هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للدائن : هنا أيضاً نستبعد حالة ما إذا هلك الشيئان معاً بسبب أجنبي ، فقد بينا حكمها فيما تقدم ، وعرفنا أن الالتزام ينقضي بسبب هذا الهلاك . فتبقى الصور المقابلة للصور التي عالجناها في حالة ما إذا كان الخيار للمدين :

(١) هلاك أحد الشيئين دون الآخر بسبب أجنبي : هنا — كما في الصورة المقابلة — يتركز الالتزام في الشيء الذي يبقى ، ويتعين على الدائن أن يختاره . وإذا تعددت الأشياء وهلك أحدها بسبب أجنبي ، فللدائن أن يختار شيئاً من الأشياء الباقية (١) .

(٢) هلاك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ المدين : ما دام الدائن هو الذي له حق الخيار ، فله أن يختار الشيء الهالك فيرجع بقيمته . أو يختار الشيء أو أحد الأشياء الباقية فيستأديها عيناً من المدين(٢).

(٣) هلاك أحد الشيئين دون الآخر بخطأ الدائن : للدائن أن يختار : فان

= جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وإذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى خطأ الدائن ، وكانت تتناول جميع الأمور التي يرد التخيير عليها ، فللمدين وهو صاحب الخيار أن يعين الأمر أو التكليف الذي يعتبر أن ذمته قد برئت بسبب الهلاك الحادث من جراء هذا الخطأ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ٩٧/١٥١ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدني الفرنسي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محل التخيير ، فليس للدائن إلا أن يختار الوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً . وليس شك في أن إمضاء هذا الحكم حتم تقتضيه طبيعة الأشياء ، كما هي الحال عندما يعهد للمدين بالخيار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٩٩/١٥٣ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « فإن اقتصرت الاستحالة على أحد محل التخيير ، فللدائن إن يطالب بالوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً ، أو أن يطالب بقيمة الأول وهو الذي أصبح تنفيذه مستحيلا من جراء خطأ المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

اختار الشيء الذى هلك بخطأه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه . وأن اختار الشيء الآخر ، فعليه أن يدفع قيمة الشيء الهالك للمدين(١).

(٤) هلك الشيئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : إذا أختار الدائن الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، رجع عليه بقيمته . أما إذا اختار الشيء الذى هلك بسبب أجنبي ، لم يرجع بشيء على المدين إذ برئت ذمته بهلاك الشيء بالسبب الأجنبي . لذلك لا يتردد الدائن فى اختيار الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، حتى يرجع عليه بقيمته(٢) .

(٥) هلك الشيئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين : لما كان الخيار للدائن ، فله أن يختار أحد الشيئين فيرجع بقيمته على المدين إذ هلك بخطأه(٣).

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محل التخيير ، فللدائن — وهو صاحب الخيار — أن يختاره ، ويكون بذلك قد استوفى حقه . وله كذلك أن يختار استيفاء ما بقى الوفاء به ممكناً ، على أن يؤدى فى هذه الحالة قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

هذا وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٦٧) يفرض على الدائن أن يختار الشيء الذى هلك بخطأه ، فتبرأ ذمة المدين بهذا الهلاك .

(٢) أما المادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى فتقضى بأن للدائن الرجوع على المدين بالقيمة التى يختارها من إحدى قيمتين : قيمة الشيء الذى هلك بخطأ المدين وقيمة الشيء الذى هلك بسبب أجنبى . وينتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم ، ويرى فى الخيار الذى أعطى للدائن ضرباً من العقوبة فرضها القانون على المدين (لاروميير ٣ م ١١٩٣ فقرة ٩ — ديرانتون ١١ فقرة ١٤٨ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٨٦ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٨٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٥) أما إذا كان هلاك أحد الشيئين — فى الحالة التى نحن بصددها — بخطأ الدائن وهلاك الشيء الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبى ، فللدائن — وله الخيار — أن يختار أحد الشيئين . فإن اختار الشيء الذى هلك بخطأه يكون بمثابة من استوفاه ، وإن اختار الشيء الذى هلك بخطأ المدين رجع عليه بقيمته وأدى له قيمة الشيء الذى هلك بخطأه .

(٣) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٠٠ / ١٥٤ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها ، فللدائن — وهو المتصرف فى الخيار — أن يطالب المدين بقيمة ما يقع عليه اختياره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٦) هلك الشيئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : إذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بخطأه ، برئت ذمة المدين من الدين ولم يرجع على الدائن بشيء . أما إذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بسبب أجنبي(١)، فقد برئت ذمة المدين أيضاً بهلاك الشيء بالسبب الأجنبي ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشيء الذى هلك بخطأه . ومن ثم لا يتردد الدائن فى اختيار الشيء الذى هلك بخطأه حتى لا يرجع عليه المدين بشيء .

(٧) هلك الشيئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : لما كان الخيار للدائن ، فله أن يختار أحد الشيئين ، وإذ هلك الشيء الذى اختاره بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين . ثم يرجع المدين بقيمة الشيء الآخر على الدائن إذ هلك هو أيضاً بخطأه(٢).

---

(١) أما إذا هلك الشيء بخطأ المدين لا بسبب أجنبي ، رجعنا إلى حالة سبق بيان حكمها ، وللدائن أن يختار الشيء الذى هلك بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، أو الشيء الذى هلك بخطأ المدين فيستأدى قيمته ويؤدى قيمة الشيء الذى هلك بخطأه .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٣ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا نشأت استحالة التنفيذ عن خطأ الدائن ، وتناولت الأمور التى يرد التخيير عليها ، أصبح هذا الدائن مسئولا عن هلاك الشيء الذى لا يقع عليه اختياره وتعين عليه أداء قيمته ، باعتبار أن هلاك ما يقع عليه الاختيار يستتبع براءة ذمة المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

أما أحكام الهلاك فى خيار التعيين فى الفقه الإسلامى فالضابط فيها أنه إذا كان الخيار للبائع (أى للمدين) فإن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه ، وإذا كان الخيار للمشترى (أى للدائن) فإن الخيار يثبت الملك له فى أحد الشيئين غير عين والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده إذا قبضه . وفى جميع الأحوال يقترن خيار الشرط بخيار التعيين . ويترتب على ذلك ما يأتى :

(أ) إذا كان الخيار للبائع : ١ — قبل القبض : وهلك إحدهما يهلك أمانة ، والبائع على خياره ، إن شاء ألزم المشترى الباقى منهما لأنه تعين للبيع ، وإن شاء فسخ البيع فيه لأنه غير لازم بسبب خيار الشرط . وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فيهلك على ملك البائع أى أن الهالك يهلك أمانة — ويتعين الباقى للبيع وله فيه خيار الشرط ، وليس للبائع أن يلزم المشترى الشيء الهالك لأنه ملك أمانة — وإن هلكا جميعاً بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين.

٢ — بعد القبض : وهلك أحدهما يهلك أمانة أيضا كما لو هلك قبل القبض ، ويتعين الباقى منهما للبيع وللبائع فيه خيار الشرط ، إن شاء ألزمه المشترى وإن شاء فسخ البيع فيه . وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فيهلك الهالك على ملك البائع وليس له أن يلزمه =

الفصل الثانى

الالتزام البدلى(*)

(obligation facultative))

١٠٢ – قيام وصف البدل وأحكامه : نبحث هنا – كما بحثنا فى الالتزام التخييرى – قيام وصف البدل وأحكام الالتزام البدلى. ونسير فى البحث على الخطة نفسها التى اتبعناها عند الكلام فى الالتزام التخييرى . حتى تتضح الفروق ما بين هذين النوعين من الالتزام .

= المشترى لأنه هلك أمانة، ويتعين الباقى للبيع وللبائع فيه خيار الشرط – وإن هلكا جميعاً، فإن كان هلاكهما بالتعاقب هلك الأول أمانة، وتعين الثانى للبيع وفيه خيار الشرط فيهلك بقيمته لا بثمنه . وإن كان هلاكهما معاً فى وقت واحد، فعلى المشترى نصف قيمة كل منهما لأن البيع شاع فيهما .

(ب) وإذا كان الخيار للمشترى : ١ — قبل القبض : وهلك أحدهما لا يبطل البيع، ولكن المشترى بالخيار إن شاء اخذ الباقى بثمنه ، وإن شاء ترك لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين وهذا يوجب الخيار — وإن هلكا جميعاً بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين . ٢ — بعد القبض : وهلك أحدهما تعين الهالك للبيع ولزم المشترى ثمنه ، وتعين الآخر للأمانة لأن الأمانة فيهما مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقى للرد وتعين الهالك للبيع ضرورة – وإن هلكا جميعاً ، فإن كان هلاكهما على التعاقب هلك الأول مبيعاً وهلك الآخر أمانة . وإن هلكا معاً فى وقت واحد لزم المشترى ثمن نصف كل منهما ، لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ، فشاع البيع فيهما جميعاً .

هذا ويخالف خيار التعيين فى الفقه الإسلامى الالتزام التخييرى من الوجوه الآتية :

(١) خيار التعيين لابد فيه من ذكر المدة على خلاف فى الرأى ، ولا يزيد على الثلاث .

(٢) إذا مضت المدة فى خيار التعيين، ولم يختر من له حق الخيار ، نقض البيع (الحطاب ٤ ص ٤٢٥) .

(٣) فى خيار التعيين إذا كان الخيار للمشترى، ثبت له الملك فى أحد الشيئين غير معين ويكون الثانى فى يده أمانة . وإذا كان الخيار للبائع ، لم يزل أى الشيئين عن ملكه .

(٤) يجتمع مع خيار التعيين خيار الشرط ، فلا يلزم البيع من له الخيار إلا بعد أن يتم تعيين الشىء الواجب الأداء .

(*) مراجع : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ – فقرة ١٠٥١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ =

الفرع الأول

قيام وصف البدل

١٠٣ – النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ – يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر » .

« ٢ – والشيء الذى يشمله محل الالتزام ، لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته(١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٨ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٦٥ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٠٢ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٦٨ – ٦٩ (٢) .

= فقرة ١٠٥٢ – فقرة ١٠٠٣ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٤ – فقرة ٨٠٥ – دى باج ١ فقرة ٢٨٣ – فقرة ٢٨٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٢٣ – فقرة ١٣٢٦ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٧٩ – جوسران ٢ فقرة ٧٤٧ – فقرة ٧٤٨ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ – ص ٤٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٧٨ (مطابقة للمادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٥ (مطابقة للمادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٠٢ : ١ – يكون الالتزام بدلياً إذا لم يكن محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر ٢ – والأصل لا البدل هو وحده محل =

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف البدل يقوم متى شمل محل الالتزام شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر ، وأن خيار البدل يكون دائماً للمدين بخلاف الالتزام التخييرى فالخيار فيه يكون للمدين أو للدائن .

فنبحث إذن : (١) متى يقوم وصف البدل (٢) ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار .

§ ١ — متى يقوم وصف البدل

١٠٤ — تحرير منطقة الالتزام البدلى : حتى يكون الالتزام بدليا يجب أن يكون له محل واحد هو المحل الأصلى ، ويقوم مقام هذا المحل الأصلى شىء آخر هو البديل (١) . مثل ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود ، ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل ، إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض، أن يعطيه بدلا منه داراً أو أرضاً معينة ، فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلى والدار أو الأرض هى البديل . وما العربون فى البيع إلا بدل يأخذه البائع أو المشترى إذا اتفقا على أن يكون العربون وسيلة للرجوع فى البيع ، وسيأتى بيان ذلك (٢)

= الالتزام،وهو الذى يحدد طبيعته . (ويطابق هذا النص فى الحكم نص المادة ٢٧٨ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٨ : يكون الموجب اختيارياً حين يجب أداء شىء واحد مع تخويل المديون الحق فى إبراء ذمته بأداء شىء آخر . والشىء الواجب الأداء هو ، فى نظر الشرع ، موضوع الموجب الذى تتعين به ماهيته ، لا الشىء الآخر الذى يستطيع المديون أن يبرىء ذمته بأدائه .

م ٦٩ : يسقط الموجب الاختيارى إذا هلك الشىء الذى يكون موضوعاً له بغير خطأ من المديون وقبل تأخره ، ولا يسقط إذا هلك الشىء الذى جعل تسليمه اختيارياً .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، وقد زاد التقنين اللبنانى أن أورد حكم هلاك الشىء الأصلى وحكم هلاك البدل بما يتفق مع القواعد العامة) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

(٢) أنظر فى أمثلة أخرى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٤ ص ٥٩٢ .

ويجب أن يتوافر فى المحل الأصلى جميع الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام ، وإلا كان الالتزام باطلا . أما البديل فان توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل ، وإلا سقط هو وبقى الالتزام بمحله الأصلى قائماً ، ولكن يصبح التزاماً بسيطاً ذا محل واحد دون بديل .

ونرى من ذلك أن الالتزام البدلى — بخلاف الالتزام التخييرى — هو ضمان للمدين لا ضمان للدائن . فالمدين يكون فى سعة من أمره بأداء البدل دون المحل الأصلى ، وإذا هلك المحل الأصلى فأن المحلية لا تتركز فى البدل ، كما تتركز فى المحل الآخر فى الالتزام التخييرى ، بل تبرأ ذمة المدين . ومن ثم يكون البدل دائماً لمصلحة المدين إذ تبرأ ذمته بأدائه ، ولا يكون ضد مصلحته إذ لا تتركز فيه المحلية إن أصبح المحل الأصلى غير صالح لأن يكون محلا .

ونرى من ذلك أيضاً أن البدل ليس محلا للالتزام ، فليس هو الشيء الذى يمكن الدائن المطالبة به (in obligatione) ولكنه شيء يقوم مقام المحل الأصلى فى الوفاء (in facultate solutionis) ، وقد تقدم بيان ذلك . ويستخلص من هذا أن هناك تعادلا — فى نظر طرفى الالتزام أو فى نظر القانون حسب مصدر وصف البدل — ما بين المحل الأصلى وبدله ، إذ أن البدل يقوم مقام المحل الأصلى فى الوفاء .

١٠٥ — تمييز الالتزام البدلى عن حالات أخرى تشتبه به : وفى تحديد منطقة الالتزام البدلى يحسن أن نميز ما بين هذا الالتزام والتزامات أخرى تشتبه به . وأول هذه الالتزامات هو الالتزام التخييرى الذى تقدم ذكره . ثم نميزه بعد ذلك عن الشرط الجزئى ، ونقارنه بالعربون .

١٠٦ — التمييز بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى : رأينا فيما تقدم أن الالتزام البدلى له محل واحد تمكن المطالبة به ، والشيء الآخر ليس محلا للالتزام بل هو بديل عنه فى الوفاء . أما الالتزام التخييرى فمحله متعدد ، وكل من الأشياء المتعددة يعتبر محلا للالتزام وتمكن المطالبة به متى وقع عليه الاختيار . فالالتزام التخييرى متعدد محل الالتزام ، أما الالتزام البدلى فهو متعدد محل الوفاء . ويتفرع على هذا الفرق الجوهرى الفروق الآتية :

(١) إذا طالب الدائن المدين بالتزام بدلى ، فانه لا يستطيع المطالبة إلا بالمحل الأصلى ، فهو وحده محل الالتزام . وعند ذلك يجوز للمدين أن يؤدى هذا المحل الأصلى ، وله إن شاء أن يؤدى عوضاً عنه الشيء البديل ، فتبرأ ذمته بتأديته كما تبرأ بتأدية المحل الأصلى . أما المدين فله أن يعرض على الدائن إما المحل الأصلى وإما الشيء البديل ، وهو إذا عرض ابتداءً الشيء البديل كان عرضه صحيحاً مبرئاً للذمة . وقد رأينا فى الالتزام التخييرى أن الخيار إذا كان للدائن فله أن يطالب بأى من محال الالتزام ، و إذا كان للمدين فله أن يعرض أياً منها .

(٢) إذا هلك فى الالتزام البدلى المحل الأصلى بسبب أجنبى فقد انقضى الالتزام ، ولا يمنع من انقضائه أن البدل لا يزال قائماً ممكناً تأديته ، ذلك أن محل الالتزام هو المحل الأصلى لا الشيء البديل، وقد هلك المحل الأصلى فانقضى الالتزام بهلاكه . أما إذا هلك الشيء البديل ، فان الالتزام يبقى قائماً على محله الأصلى ، ولكن المدين يفقد ميزة البدل فى الوفاء ، وينقلب الالتزام البدلى التزاماً بسيطاً (١). وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فانه إذا هلك فيه أحد الشيئين محل الالتزام بسبب أجنبى لا ينقضى ، كما ينقضى الالتزام البدلى ، بل تتركز المحلية فى الشيء الآخر .

وهذا هو الفرق أيضاً ما بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى فيما إذا كان المحل الأصلى منذ البداية لا يصلح أن يكون محلا لهلاكه أو لاستحالته أو لعدم توافر أى شرط من شروط المحل فيه ، فيسقط الالتزام البدلى . أما الالتزام التخييرى فينقلب إلى التزام بسيط ذى محل واحد ، إذ تتركز المحلية فى الشيء الآخر الذى توافرت فيه شروط المحل(٢).

(٣) فى الالتزام البدلى تتحدد طبيعة الالتزام بطبيعة المحل الأصلى لا بطبيعة الشيء البديل ، فيكون الالتزام البدلى منذ البداية عقاراً أو منقولا ، قابلا للتجزئة أو غير قابل لها ، تبعاً لما إذا كان المحل الأصلى عقاراً أو منقولا ،

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .
(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧١ .

أو لما كان قابلا للتجزئة أو غير قابل لها . كذلك يتحدد اختصاص المحكمة بقيمة المحل الأصلى منذ البداية (١) . وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فقد رأينا أن طبيعته لا تتحدد إلا بعد أن يتم اختيار المحل الذى يكون واجب الأداء، وكذلك لا يتحدد اختصاص المحكمة إلا بتعيين المحل الذى يقع عليه الاختيار .

(٤) الخيار فى الالتزام البدلى هو دائماً للمدين ، أما فى الالتزام التخييرى فتارة يكون للمدين وطوراً يكون للدائن ، بل قد يكون لأجنبى(٢) .

(٥) الوفاء فى التزام البدلى ليس له أثر رجعى، ولا ينقلب هذا الالتزام بالوفاء إلى التزام بسيط منذ البداية . وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ؛ فقد رأينا أن إعمال حق الخيار فيه يستند إلى الماضى ، وينقلب الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط منذ البداية (٣) .

١٠٧ — التمييز بين الالتزام البدلى والشرط الجزائى : قدمنا أن الشرط الجزائى هو تعويض قدره الطرفان بدلا من القاضى ، فله إذن طبيعة التعويض . والتعويض ليس بالتزام تخييرى، لأن الدائن لا يستطيع اختياره إذا عرض المدين

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٩٦ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٠٠ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلى بالتكليف الأصيل الذى يرد عليه ويعتبر محلا له على وجه الأفراد ، دون البديل الذى يكون للمدين أن يبرئ ذمته بأدائه . ويتفرع على ذلك أن الالتزام البدلى ينقضى إذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الأصيل مستحيلا قبل إعذار المدين بغير خطأ منه ، لكنه يظل على نقيض ذلك قائماً رغم استحالة الوفاء بالبديل (أنظر المادة ٦٩ من التقنين اللبنانى) . وكذلك يرجع فى اعتبار الالتزام البدلى عقارياً أو منقولا ، وفى التقاضى بشأن هذا الالتزام ، ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص ، إلى محله الأصيل دون البديل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ — ص ٤٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٥ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

(٣) أنظر فى هذه الفروق : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٣ .

للمدين أو للدائن أو لأجنبي . وثبوت خيار البدل للمدين مستفاد من تعريف الالتزام البدلي ، فهو التزام يستطيع فيه المدين أن يبرىء ذمته بوفاء شيء بديل عن المحل الأصلي . فهو وحده — لا الدائن — الذي يختار محل الوفاء ، إذ هو يفي بالمحل الأصلي ان لم يختر الشيء البديل . أما الدائن فليس له ، كما رأينا ، أن يطالب إلا بالمحل الأصلي ، ومتى أدى له برئت ذمة المدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالبدل عوضاً عن المحل الأصلي .

١١٠ — مصدر خيار البدل : ومصدر خيار البدل ، كمصدر خيار التعيين ، هو الاتفاق أو نص في القانون(١) .

ففي كثير من الأحوال يكون مصدر خيار البدل هو الاتفاق ، ويتحقق ذلك بنوع خاص في العربون كما قدمنا .

وقد يكون مصدر الالتزام البدلي نصاً في القانون ، ونورد أمثلة لذلك :

(١) قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدني ، في حالة استغلال أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، بأن للقاضي ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ثم تضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة ماياتي : « ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض مايراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . ويؤخذ من ذلك أن المتعاقد الذي استغل صاحبه يصبح مديناً بالتزام أصلي ، هو إعادة ما أخذ — بعد إبطال العقد — واسترداد مادفع . ولكن القانون هيأ للمدين هنا بديلا إذا وفى به قام هذا الوفاء مقام تأدية المحل الأصلي ، فللمدين أن يتوقى دعوى الإبطال إذا هو عرض مايراه للقاضي كافيا لرفع الغبن ، وهذا القدر الكافي لرفع الغبن ليس إلا البديل الذي قرره القانون ليقوم الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلي .

(٢) تنص المادة ٤٤١ مدني على أن « يثبت حق المشتري في الضمان (ضمان استحقاق المبيع) ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق فى دعواه » . وتضيف المادة ٤٤٢ مدنى ما يأتى : « إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » . فهنا للمشترى ، بعد استحقاق المبيع ، أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، ويصبح البائع مديناً للمشترى بهذا الضمان ، وهذا هو المحل الأصلى لالتزامه . ويستطيع أن يبرىء ذمته من هذا الدين إذا هو أدى ، بدلا منه ، ما دفعه المشترى للمستحق توقياً لاستحقاق المبيع كله أو بعضه ، ويعتبر هذا الأداء هو الشيء البديل الذى يقوم مقام المحل الأصلى فى الوفاء .

(٣) تنص المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدنى على أنه « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فهنا المدين بحق متنازع فيه ملتزم التزاماً أصلياً نحو المتنازل له بمحل الدين المتنازل عنه ، وهذا هو المحل الأصلى . ولكنه يستطيع أن يبرىء ذمته بأداء بديل عن هذا المحل الأصلى ، هو مقدار ما دفعه المتنازل له من ثمن ومصروفات مع فوائد الثمن من وقت الدفع .

(٤) تنص المادة ٨٤٥ مدنى على أنه « ١ — يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته » . فهنا المتقاسم الذى غبن المتقاسم معه بأكثر من الخمس ملتزم التزاماً أصليا بأن يرد العين المقسومة إلى الشيوع بعد نقض القسمة . ولكن القانون هيأ له بديلا من هذا المحل الأصلى لالتزامه ، هو أن يكمل للمتقاسم المغبون نقداً أو عيناً ما نقص من حصته ، فاذا أدى ما نقص قام الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلى .

(٥) تنص المادة ١١١٩ مدنى فقرة أولى على أنه « إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » . فاذا اقتصرنا على التزام الراهن هنا (١) ، وجدنا أن الراهن ملتزم التزاماً أصلياً ببيع العين المرهونة رهن حيازة فوراً بالمزاد أو بسعر البورصة أو السوق ، بناء على ترخيص القاضى ، لينتقل حق الدائن من العين المرهونة إلى ثمنها (م١١١٩ فقرة ثانية) . ولكن القانون هيأ له بديلا من ذلك ، هو أن يتقدم بدل العين المرهونة عيناً أخرى تكون كافية لضمان حق الدائن ، ومتى قدم هذه العين قام تقديمه لها مقام تنفيذ الالتزام الأصلى (٢).

---

(١) إذ يلاحظ أن للراهن حقاً كما أن عليه التزاماً . فمن حقه أن يطالب هو ببيع العين المرهونة خوفاً عليها من التلف ، إذا تأخر الدائن فى التقدم بهذا الطلب .

(٢) أما ما قضت به المادة ٢٧٣ مدنى من أن المدين ، إذا ضعف التأمين لسبب أجنبى ، يلتزم بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين ، فهذا التزام تخييرى الخيار فيه للمدين كما سبق القول . وما ورد فى المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ و ص ٤٧) من أنه التزام بدلى فغير صحيح ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٧٣ وفقرة ٩٢) .

هذا وقد أنشأ القانون الفرنسى بعضاً من الالتزامات البدلية ، والمقابل لها فى القانون المصرى التزامات تخييرية لا بدلية (أنظر المادة ١٦٨١ من التقنين المدنى الفرنسى وتقابلها المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى المصرى ، وأنظر المادة ١٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى وتقابلها المادة ١١٩ من التقنين التجارى المصرى) : أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٩ .

وقد يكون البدل أكثر من شيء واحد ، ويكون للمدين أن يختار من هذه الأبدال البدل الذى يرتضيه عوضاً عن الوفاء بالمحل الأصلى ، فالالتزام هنا يكون بدلياً من ناحية الوفاء وتخييرياً من ناحية البدل . ونجد فى المادة ١٠٧٢ مدنى مثلا لذلك ، فهى تنص على أنه « إذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة ، أو يطهر العقار من الرهن ، أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار . ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد » . ويستفاد من هذا النص أن الحائز للعقار المرهون يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتحمل إجراءات نزع الملكية (أنظر أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ obligation فقرة ٦١ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٧ ص ٥٠٤ هامش رقم ٢) . وله أن يفتدى ذلك ببديل ، وهذا البديل أمر من أمور ثلاثة : (١) قضاء الدين المضمون بالرهن (٢) تطهير العقار المرهون (٣) التخلى عنه . فهنا البدل تخييرى ، وللمدين أن يختار ما بين هذه الأمور الثلاثة ، إذا لم يرغب فى الوفاء بالمحل الأصلى وهو تحمل إجراءات نزع الملكية .

الفرع الثانى

أحكام الالتزام البدلى

١١١ — تعيين محل الأداء وتحمل التبعة : بالرغم من أهمية الالتزام البدلى ، فان أحكامه ليست من التعقيد بالقدر الذى رأيناه فى أحكام الالتزام التخييرى . لذلك لن يطول القول فى تعيين محل الأداء وفى أحكام الهلاك فى الالتزام البدلى ، كما طال فى الالتزام التخييرى .

§ ١ — تعيين محل الأداء

١١٢ — ما الذى يطالب به الدائن : ليس للدائن أن يطالب فى الالتزام البدلى ، كما رأينا ، إلا بالمحل الأصلى . وليس له أن يطالب بالبديل ، فان هذا البديل ليس محلا للالتزام حتى تجوز المطالبة به .

ومن ثم تتعين منذ البداية طبيعة الالتزام البدلى ، فهو عقار أو منقول بحسب طبيعة المحل الأصلى ، وهو قابل للتجزئة أو غير قابل لها بحسب طبيعة هذا المحل أيضا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويتعين كذلك اختصاص المحكمة منذ البداية ، فالدائن يطالب بالمحل الأصلى إذا كان عقاراً أمام محكمة العقار وتبعاً لقيمة هذا الشىء ، حتى لو كان البديل منقولا وأيا كانت قيمة هذا البديل .

١١٣ — ما الذى يدفعه المدين : أما الذى يدفعه المدين فهو فى الأصل أيضاً المحل الأصلى الذى يطالب به الدائن . ولكنه يستطيع ، كما قدمنا ، أن يبرىء ذمته بدفع البديل ، ومتى دفعه فقد انقضى الالتزام .

ولكن لا يجوز للمدين أن يدفع جزءاً من المحل الأصلى وجزءاً من البديل ، كما لا يجوز ذلك فى الالتزام التخييرى . وللدائن أن يرفض الوفاء على هذا الوجه ، فاما أن يأخذ المحل الأصلى بأكمله ، وإما أن يأخذ البديل بأكمله .

وإذا مات الدائن ، فليس لورثته المطالبة إلا بالمحل الأصلى كمورثهم ، ولكن يجوز للمدين أن يفى لهم بالبديل كما كان يستطيع ذلك مع مورثهم . أما إذا مات المدين ، فان لورثته الحق فى الوفاء بالبديل وتبرأ التركة من الدين بالوفاء به ، كما كان المدين يستطيع ذلك حين حياته (١) .

وإذا كان الالتزام البدلى التزاماً زمنياً أو دورياً ، فأن المدين يستطيع فى كل أداء أن يفى بالبديل عوضاً عن المحل الأصلى أو يؤدى المحل الأصلى كما يشاء . وإذا وفى بالبديل مرة . فله أن يؤدى المحل الأصلى مرة ثانية ، ثم يوفى بالبديل مرة ثالثة ، وهكذا . وذلك كله ما لم يتبين من إرادة الطرفين ومن الظروف والملابسات أن المدين إذا أدى المحل الأصلى أو وفى بالبديل مرة فقد تقيد بذلك فى المرات الأخرى المتعاقبة .

وإذا أعلن المدين إرادته أنه يريد الوفاء بالبديل دون أن يدفعه بالفعل ، فان ذلك لا يمنعه عند الوفاء من أن يؤدى المحل الأصلى ، ذلك أنه لا يتحدد محل الوفاء إلا عند الوفاء الفعلى . كذلك إذا أعلن قبل الوفاء أنه يؤدى المحل الأصلى ، فلا يمنعه ذلك من أن يوفى بالبديل عند الوفاء .

ولا يمكن القول ، إذا وفى المدين بالبديل ، أن محل الالتزام قد تبدل فأصبح هو الشىء البديل عوضاً عن المحل الأصلى . بل إن الالتزام ، يبقى على محله الأصلى ، ويعتبر الوفاء بالبديل بمثابة الوفاء بمقابل ، ولا يقوم البديل مقام المحل الأصلى فى المحلية ، وإنما يقوم مقامه فى الوفاء وحده . ونرى من ذلك أنه لا محل لبحث الاستناد فى حالة الالتزام البدلى ، ولا يمكن القول إن الوفاء بالبديل يقلب الالتزام البدلى إلى التزام بسيط محله البديل منذ البداية ، بل إن الالتزام

---

(١) وإذا كان المحل الأصلى غير قابل للتجزئة ، فإن البديل لا ينقسم على ورثة المدين حتى لو كان قابلا للتجزئة . فلو التزم المدين بالإيراد أن يعطى رهناً لضمانه وإلا رد رأس المال ، فإن إعطاء الرهن يكون هو المحل الأصلى ورد رأس المال هو البديل . ولما كان الرهن لا يتجزأ ، فإن البديل وهو رد رأس المال لا يتجزأ أيضاً وإن كان قابلا للتجزئة . ومن ثم فإن ورثة المدين إذا اختاروا الوفاء بالبديل عوضاً عن المحل الأصلى ، فأرادوا رد رأس المال بدلا من إعطاء الرهن وجب أن يردوا رأس المال كاملا دون أن يتجزأ عليهم (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Obligation فقرة ٦٣) .

البدلى يبقى بالرغم من الوفاء بالبدل التزاماً بدلياً ، وليس البدل إلا مقابلا للوفاء فيه .

§ ٢ — احكام الهلاك

١١٤ — هلاك المحل الاصلى : إذا هلك المحل الأصلى بسبب أجنبى ، فقد انقضى الالتزام وبرئت ذمة المدين . ولا تتركز المحلية فى البديل ، كما تركزت ، فيما يتعلق بالالتزام التخييرى ، فى الشيء الباقى على ما أسلفنا .

أما إذا هلك المحل الأصلى بخطأ المدين ، فان الدائن لا يطالب المدين إلا بالتعويض عن هذا المحل ، دون أن يستطيع المطالبة بالبدل ، فليس البديل كما قدمنا محلا للالتزام . وإنما يجوز للمدين أن يتوقى دفع التعويض بأن يوفى بالبديل ، فيبرىء هذا الوفاء ذمته من الدين ، وقد كان قادرا على أن يفعل ذلك قبل هلاك المحل الأصلى ، فهو على فعله بعد الهلاك أقدر .

وإذا هلك البديل بعد هلاك المحل الأصلى ، سواء كان هلاك البديل بخطأ المدين أو بغير خطأه ، فأن الواجب على المدين هو التعويض عن المحل الأصلى لا التعويض عن البديل ، فان المحل الأصلى هو وحده محل الالتزام ، والبديل لا يقوم مقامه فى الوفاء إلا إذا كان موجوداً .

وإذا هلك المحل الأصلى بخطأ الدائن ، فان الدائن يكون بمثابة من استوفى حقه . ولكن يجوز للمدين فى هذه الحالة ان يوفى بالبديل ، ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الاصلى الذى هلك بخطأه .

١١٥ — هلاك البديل: أما إذا هلك البديل بسبب أجنبى أو بخطأ المدين ، فان الالتزام لا ينقضى كما قدمنا ، بل يبقى قائماً على محله الأصلى . فان المحل الأصلى وحده هو محل الالتزام ، وهو باق فيبقى معه الالتزام . ولكن الالتزام البدلى ينقلب بهلاك البديل التزاماً بسيطاً ، ليس لمحله بديل عند الوفاء .

وإذا هلك المحل الأصلى بعد هلاك البديل ، فان كان هلاك المحل الأصلى بسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام ، وإن كان بخطأ المدين فان الدائن يتقاضى قيمة المحل الأصلى لا قيمة البديل على النحو الذى بيناه فيما تقدم .

وإذا هلك البديل بخطأ الدائن ، بقى الالتزام قائماً ، على محله الأصلى ، فيطالب الدائن المدين بهذا المحل ، ويرجع المدين على الدائن بقيمة البديل الذى هلك بخطأه . ولكن لما كان المدين يستطيع أن يوفى بالبديل عوضاً عن المحل الأصلى ، فانه فى هذه الحالة يستطيع أن يمتنع عن الوفاء بالمحل الأصلى وأن يعتبر نفسه قد وفى الدين بالبديل ، إذ أن الدائن بعد أن أهلك البديل بخطأه يكون بمثابة من استوفاه .

الباب الثالث

تعدد طرفى الالتزام

١١٦ — صور التعدد — الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامنى والالتزام غير القابل للانقسام : قد يلحق الالتزام وصف التعدد فى طرفيه ، أحدهما أو كليهما . ولهذا التعدد صور ثلاث :

(١) فاما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى غير تضامن ما بين الأطراف المتعددين ، فيتعدد الدائن ، أو يتعدد المدين ، أو يتعدد كل من الدائن والمدين ، دون أن تربط الأطراف المتعددين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين فى الحق أو فى الدين . ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) .

(٢) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى تضامن ما بين الأطراف المتعددين . ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام التضامنى (obligation solidaire) . فاذا كان المتعدد هو الدائن ، كان هناك تضامن ما بين الدائنين وهو تضامن إيجابى (solidarité active) . أما إذا كان المتعدد هو المدين ، وهذا هو الغالب ، كان هناك تضامن ما بين المدينين وهو تضامن سلبى (solidarité passive)

(٣) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى التزام لا يتجزأ تنفيذه . ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقسام (obligation indivisible) (١) .

---

(١) وهناك التزام تتعدد أطرافه لا على سبيل الجمع بل على سبيل التخيير ، فيكون الدائن متعدداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعددين دون الباقى هو الدائن وحده ، أو يكون المدين متعدداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعددين دون الباقى هو المدين وحده — ويسمى الالتزام الذى تتعدد أطرافه على سبيل التخيير بالالتزام التخييرى الطرف ، ويدعى فى فرنسا بعبارة (Obligation =

والصورتان الثانية والثالثة — التضامن وعدم القابلية للانقسام — لا يتحققان بمجرد تعدد الأطراف ، بل لا بد من توافر شروط خاصة لتحقق كل منهما . أما الصورة الأولى فتتحقق بمجرد تعدد طرفى الالتزام الناشيء من مصدر واحد. ومن ثم كان الأصل فى الالتزام الذى تتعدد أطرافه أن يكون التزاماً متعدد الأطراف ، لا التزاماً تضامنياً ولا التزاماً غير قابل للانقسام . فالتضامن وعدم القابلية للانقسام لا يفترضان ، بل لا بد لهما من شروط خاصة كما قدمنا . على أن الغالب الذى يكثر وقوعه فى العمل هو الالتزام التضامنى ثم الالتزام غير القابل للانقسام .

ونبحث فى فصول ثلاثة متعاقبة الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامنى والالتزام غير القابل للانقسام .

= disjointe) . فكما يتعدد المحل فى الالتزام التخييرى المحل على أن يكون أحد المحال المتعددة هو وحده محل الالتزام ، كذلك تتعدد الأطراف فى الالتزام التخييرى الطرف على أن يكون أحد الأطراف المتعددة هو وحده الدائن أو المدين . ويتحقق ذلك أكثر ما يتحقق فى الوصية ، فيوصى الشخص لفلان ثم لفلان إن مات الأول قبله . على أنه نادر الوقوع فى العمل ، ولم يبحث فى فرنسا إلا بعض فقهاء القرن التاسع عشر (أنظر ديمولومب ٢٦ فقرة ١٠١ — فقرة ١٠٤ — وأنظر فى المعنى الذى قدمناه بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ ص ٢٤٤ هامش رقم ١) .

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يجمع الالتزام أوصافاً عدة ، فيكون التزاماً شرطياً ويكون فى الوقت ذاته تخييرياً من حيث المحل وتضامنياً من حيث الأطراف (دى باج ٣ فقرة ٢٨٧)

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

(Obligation conjointe)

١١٧ — وحدة المصدر وتعدد الأثر : إذا تعدد فى الالتزام طرفه ولم تتحقق فيه شروط التضامن أو شروط عدم القابلية للإنقسام ، كان التزاماً متعدد الأطراف كما قدمنا . والالتزام متعدد الأطراف هو التزام واحد من حيث المصدر ، متعدد من حيث الأثر فينقسم على أطرافه . وهذا بخلاف الالتزام التخييرى ، فهو واحد من حيث المصدر وواحد أيضاً من حيث الأثر فيتوحد بالنسبة إلى محله(١) .

فنتكلم إذن فى الالتزام متعدد الأطراف من حيث مصدر التعدد ومن حيث الأثر الذى يترتب على هذا التعدد .

§ ١ — مصدر التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف

١١٨ — القانون والإرادة : أكثر مايكون مصدراً لتعدد الأطراف فى الالتزام هو القانون ، سواء فى ذلك تعدد الدائنين أو تعدد المدينين . ولكن قد لا يكون القانون هو مصدر التعدد ، بل يكون المصدر هو إرادة طرفى الالتزام .

١١٩ — القانون مصدر التعدد : ويقع ذلك أكثر مايقع فى الميراث . فان الدائن إذا مات آل الحق الذى له فى ذمة مدينه إلى ورثته ، ويكونون فى أكثر الأحوال متعددين . فيصبح الحق ، بعد أن كان له دائن واحد ، له دائنون

---

(١) أنظر فى هذا المعنى دى باج ٣ ص ٢٨٠ هامش رقم ٢ .

متعددون هم الورثة ، وسنرى أن الحق فى هذه الحالة ينقسم على الورثة كل بقدر نصيبه فى الميراث(١) . كذلك إذا مات المدين وترك ورثة متعددين ، فان الدين — فى القانون الفرنسى لا فى الشريعة الإسلامية(٢) — ينتقل إلى ورثته ، فيصبح ذا مدينين متعددين ينقسم عليهم الدين كل بقدر نصيبه فى الميراث .

---

(١) وهذه حالة من حالات الدين المشترك فى الفقه الإسلامى . ونظام الدين المشترك أخذ به التقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى كما سنرى .

(٢) ومع ذلك يصور الأستاذ إسماعيل غانم انتقال الديون إلى ورثة المدين فى الشريعة الإسلامية على النحو الآتى : « إن أموال المورث وديونه تنتقل جميعاً إلى الوارث بمجرد الوفاة فيصبح مالكاً لتلك الأموال ومديناً بالديون . غير أن مسئوليته عن هذه الديون ليست مسئولية شخصية تمتد إلى كافة أمواله الموروث منها وغير الموروث ، وإنما هى مسئولية عينية محددة تنحصر فيما تلقاه عن مورثه من أموال ، فتنتقل إليه هذه الأموال محملة بحق عينى تبعى لمصلحة الدائنين يخول لهم استيفاء ديونهم منها بالأفضلية على دائنى الوارث الشخصيين ، كما يخول لهم تتبع تلك الأموال إذا تصرف فيها الوارث قبل سداد ديونهم » (أحكام الالتزام فقرة ١٩ ص ٣١ — ورسالته فى الذمة المالية فقرة ٢٦ — فقرة ٣٢) . ثم يقول فى موضع آخر : « تطبق القاعدة ذاتها (قاعدة انقسام الدين) فى القانون الفرنسى إذا توفى المدين عن عدة ورثة ، فينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته فى التركة . أما فى القانون المصرى ، فلا يخضع الدين لقاعدة الانقسام . ويفسر ذلك عادة بأن الديون لا تنتقل إلى الورثة أصلا ، بل تكون التركة هى المدينة على أساس بقاء الديون متعلقة بذمة المورث ، فيفترض استمرار ذمته بعد وفاته إلى أن تسوى ديونه من أمواله . وقد سبقت الإشارة إلى أن التفسير الصحيح لمركز الوارث فى القانون المصرى يقتضى التسليم بأن أموال المتوفى وديونه تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ، ولكن ذلك لا يعنى أن الالتزام ينقسم بين الورثة فى علاقتهم بالدائن ، فمن المسلم أن الورثة ، ومسئوليتهم عن ديون المورث مسئولية عينية محددة بالأموال التى تركها ، لا يتلقون تلك الأموال خالصة ، بل محملة بحق عينى تبعى يكفل للدائنين تتبع أعيان التركة والأولوية فى استيفاء حقوقهم منها . والقاعدة أن الحق العينى التبعى لا يقبل التجزئة ، وعلى ذلك فللدائن أن يرجع بحقه كاملا على أى مال من أموال التركة . فإذا اقتسم الورثة أموال التركة ، فاختص أحدهم بعين معينة تعادل حصته فى الميراث ، فللدائن رغم ذلك أن يستوفى حقه كاملا من تلك العين بوصفها محملة بحق عينى تبعى يكفل له ضمانا لا يقبل التجزئة . وليس للوارث ، إذا وفى الدين كاملا أو استوفى الدين جبرا عليه من العين التى اختص بها فى القسمة ، إلا أن يرجع على الورثة الآخرين بما زاد عن حصته فى الدين » (أحكام الالتزام ص ٢٧٢ هامش رقم ١) . ويبدو أن الأستاذ إسماعيل غانم يذهب إلى أن الدين فى الشريعة الإسلامية ينتقل إلى الوارث بعنصريه من مديونية ومسئولية . ولكن المسئولية محدودة بما أصابه الوارث من مال التركة ، أما عدم انقسام الدين على ورثة المدين فيرجع إلى هذا الحق العينى التبعى الذى يثقل كل أموال التركة وهو حق غير قابل للانقسام .

وقد ينص القانون ، فى غير الميراث ، على تعدد أطراف الالتزام . من ذلك ماتقضى به الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ مدنى ، فهى تنص على مايأتى : « إذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة ، مالم يوجد اتفاق على نسبة أخرى . ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولية عن ديون الشركة » .

فهذا نص يجعل لالتزام الشركة المدينة — إلى جانب المدين الأصلى وهو الشركة — مدينين متعددين هم الشركاء ، وقد جعلهم النص مسئولين ، عندما لاتفى أموال الشركة بوفاء الالتزام ، فى أموالهم الخاصة كل بقدر نصيبه فى الخسارة . وكان الأصل ألا يكون هؤلاء الشركاء مسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة ، لأن الشركة شخص معنوى وهو وحده المسئول عن ديونه ، لولا النص الذى أوردناه . وما دام القانون قد أوجد هؤلاء المدينين المتعددين ، فالأصل ألا يكون بينهم تضامن وأن ينقسم الالتزام عليهم . وهذا حكم يستمد من المبادىء العامة ، دون حاجة إلى أن ينص عليه القانون . غير أن المادة التالية ، وهى المادة ٥٢٤ مدنى ، أكدت هذا الحكم مع تحوير فيه إذ قضت بما يأتى : « ١ — لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ٢ — غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء ، وزعت حصته فى الدين على الباقين كل بقدر نصيبه فى الخسارة » . فهنا نص القانون صراحة على عدم التضامن بين المدينين المتعددين ، ولكنه استبعد نتيجة هامة من نتائج عدم التضامن . ذلك أن عدم التضامن من المدينين يؤدى إلى انقسام الدين عليهم ، فاذا أعسر أحدهم لم يتحمل الباقى هذا الإعسار ، ويتحمله الدائن . ولكن النص يقضى صراحة بأن المدينين يكونون مسئولين عن إعسار أى منهم ، بالرغم من انقسام الالتزام عليهم . فاذا أعسر أحدهم وزعت حصته على الباقين ، كل بقدر نصيبه فى تحمل الخسارة .

ويلاحظ فى الأمثلة المتقدمة أن الدين نشأ ابتداء لصالح دائن واحد أو فى ذمة مدين واحد ، ثم خلفه عليه الورثة أو الشركاء فتعدد الدائنون أو المدينون . ويصح أن ينشأ الدين منذ البداية لصالح دائنين متعددين أو فى ذمة مدينين

متعددين . فاذا قبض أحد الورثة غلة التركة ، كان مديناً لسائر الورثة بأنصبتهم فى هذه الغلة ، فينشأ الدين ابتداء لصالح دائنين متعددين . وإذا أوصى شخص بمبلغ من النقود لآخر يأخذه من تركته ، فان الورثة وهم يمثلون التركة يكونون مدينين متعددين منذ البداية فى هذا الالتزام الموصى به .

١٢٠ — الإرادة مصدر التعدد : وقد تكون الإرادة هى مصدر تعدد الدائنين أو المدينين . فاذا باع الشركاء فى الشيوع الدار التى بينهم ، أو باعت الورثة عيناً من أعيان التركة ، فالأصل أن يكون للالتزام بالثمن الذى نشأ فى ذمة المشترى دائنون متعددون ، هم الشركاء فى الشيوع أو الورثة ، وما لم يشترط هؤلاء الدائنون التضامن فيما بينهم انقسم الحق عليهم كل بنسبة نصيبه فى المبيع . وسنرى أن هذه هى إحدى حالات الدين المشترك فى الفقه الإسلامى . ولكن التقنين المدنى المصرى بخلاف التقنين المدنى العراقى لم يأخذ بنظام الدين المشترك ، فينقسم الدين على الدائنين كما قدمنا . وإذا اشترى عدة أشخاص داراً واحدة على الشيوع صفقة واحدة ، فان الالتزام بالثمن يكون له مدينون متعددون هم هؤلاء المشترون ، وينقسم الالتزام عليهم كل بقدر نصيبه فى الدار ، ولا يكون هناك تضامن بينهم إلا إذا اشترطه البائع عليهم .

ويلاحظ فى الأمثلة المتقدمة — حيث كان مصدر تعدد الدائنين أو المدينين هى الإرادة — أن الدين قد نشأ وله أطراف متعددون منذ البداية .

§ ٢ — الأثر الذى يترتب على التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف

١٢١ — انقسام الالتزام على أطرافه : الأثر الذى يترتب على التعدد ، إذا كان الالتزام متعدد الدائنين أو متعدد المدينين دون تضامن فيما بينهم ، أن الالتزام ينقسم بحكم القانون على الدائنين المتعددين أو على المدينين المتعددين ، كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذى يعينه القانون . فالاتفاق يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعددين للدار إذا اشتروها صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم ، فيلتزم كل منهم بحصة من الثمن تساوى مقدار نصيبه

فى الدار حسب الاتفاق الذى يتم بينهم . والقانون يعين نصيب كل وارث . إذا ورث الجميع ديناً لصالح التركة (١). فاذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين ، لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أى بأنصبة متساوية (٢) .

ومتى انقسم الالتزام على الدائنين أو المدينين المتعددين ، أصبح بموجب هذا الانقسام التزامات متعددة لصالح الدائنين المتعددين أو فى ذمة المدينين المتعددين ، ويكون كل التزام من هذه الالتزامات المتعددة مستقلا عن الالتزامات الأخرى (٣) .

١٢٢ — النتائج التى تترتب على انقسام الالتزام : وتترتب على انقسام الالتزام وصيرورته التزامات متعددة مستقلة على النحو الذى بسطناه نتائج هامة ، نذكر منها :

أولا — إذا انقسم الالتزام على دائنين متعددين :

(١) كل دائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بنصيبه ، ولا يستطيع المدين أن يدفع له أكثر من نصيبه .

---

(١) أما بالنسبة إلى ورثة المدين، فالدين فى الشريعة الإسلامية لا ينقسم على هؤلاء الورثة، وقد تقدم ذكر ذلك .

(٢) ويلاحظ أن الدين ينقسم بحسب نصيب كل من الأطراف أو بأنصبة متساوية ، لا فحسب فى علاقة الدائنين بالمدين أو علاقة المدينين بالدائن ، بل أيضاً فيما بين الدائنين أو فيما بين المدينين بعضهم مع بعض، أى أن نصيب كل منهم فى الالتزام بالدين (obligation à la dette) معادل لنصيبه فى المساهمة فيه (contribution à la dette) . وسنرى فى الالتزام التضامنى وفى الالتزام غير القابل للانقسام أن النصيب فى الالتزام بالدين قد يختلف عن النصيب فى المساهمة فيه (دى باج ٣ فقرة ٢٩١) . على أنه يجوز، فى الالتزام متعدد الأطراف، الاتفاق على أن يكون النصيب فى الالتزام بالدين غير النصيب فى المساهمة فيه (دى باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) .

ويجوز أن ينشأ من العقد الواحد التزامات عدة ، بعضها قابل للانقسام وبعضها غير قابل له، فإذا اشترى شخصان داراً صفقة واحدة، فإن الالتزام بالثمن يكون قابلا للانقسام ، أما الالتزام بتسليم الدار فإنه يكون غير قابل له (دى باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) .

(٣) على أن هذا الاستقلال لا يكون كاملا من بعض الوجوه التفصيلية (أنظر فى ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١١ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١١٣ — فقرة ١١٤) .

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية ، إذا تم من جانب أحد الدائنين ، يسرى أثره بالنسبة إليه وحده دون غيره من الدائنين الآخرين . فينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إليه وحده ، ويعتبر المدين معذراً بالنسبة إليه وحده ، وتسرى فوائد التأخير المترتبة على المطالبة القضائية له وحده .

(٣) إذا أبطل الدين أو فسخ أو انقضى بالنسبة إلى أحد الدائنين ، لم يؤثر ذلك فى حقوق الباقين ، بل يبقى كل منهم دائناً بقدر نصيبه . ولا ينتقل إليهم نصيب الدائن الذى أبطل دينه أو فسخ .

(٤) إذا وفى المدين أحد الدائنين ثم أعسر ، لم يرجع باقى الدائنين الذين لم يستوفوا أنصبتهم على الدائن الذى استوفى نصيبه ، إذ كل حق مستقل عن الحقوق الأخرى كما قدمنا .

ثانياً — إذا انقسم الالتزام على مدينين متعددين :

(١) كل مدين لا يكون ملتزماً إلا بنصيبه . ولا يستطيع الدائن أن يطالبه بأكثر من ذلك .

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية ، إذا تم ضد أحد المدينين ، يقتصر أثره على هذا المدين ولا يتعداه إلى المدينين الآخرين .

(٣) إذا أبطل دين أحد المدينين أو فسخ أو انقضى أو ارتكب أحد المدينين خطأ ، فان أثر ذلك يقتصر على هذا المدين ، فلا يكون المدينون الآخرون مسئولين عن نصيب من أبطل دينه أو فسخ أو يكونون مسئولين عن خطأه . وإذا كان هناك شرط جزائى يتناول جميع الدين ، فالمسئول من المدينين بموجب هذا الشرط الجزائى هو وحده الذى يطالب به وبمقدار نصيبه منه فقط .

(٤) إذا أعسر أحد المدينين ، لم يتحمل إعساره الباقون ، والدائن هو الذى يتحمل هذا الإعسار(١) .

---

(١) أنظر فى كل هذه النتائج أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ ص ٢٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٢ — فقرة ١١١٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٧ — دى باج ٣ فقرة ٢٩٠ .

وانقسام الدين ، بما يجر من النتائج على النحو المتقدم ، يجعل الدين ضعيف الأثر . ومن ثم يؤثر الناس عند التعامل توقى هذه النتائج ، باشتراط أن يكون الالتزام تضامنياً أو غير قابل للانقسام (١) .

= وقد ورد فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى من النصوص فى هذا الصدد ما يأتى :

م ٩ : يجوز أن يختص الموجب الواحد بعدة أشخاص موجب لهم أو موجب عليهم . وتقسم الموجبات من هذا القبيل إلى موجبات متقارنة وموجبات متضامنة .

م ١٠ : إن توزيع المنافع والتكاليف فى الموجبات المتقارنة يتم حتما على قاعدة المساواة بين الدائنين والمديونين ، ما لم يكن العقد يقضى بخلاف ذلك . فيكون فى الحقيقة عدد الديون بقدر عدد الدائنين أو المديونين ، وهو الأمر الذى يجب الاعتداد به ، ولا سيما فى : ١ — ما يتعلق بحق المداعاة ، إذ لا يمكن أحد الدائنين أن يستعمل هذا الحق ، كما لا يمكن استعماله على أحد المديونين ، إلا بقدر النصيب الذى يكون للدائن أو النصيب الذى يكون على المديون من ذلك الموجب . ٢ — ما يختص بإنذار كل من المديونين أو بنسبة الخطأ إليه ، فإن الإنذار ونسبة الخطأ يتمان فى شأن كل مديون على حدة . ٣ — ما يتعلق بتقدير أحوال البطلان التى يمكن أن تكون شخصية لكل ذى شأن فى الموجب . ٤ — ما يختص بالأعمال التى تقطع حكم مرور الزمن بالأسباب التى توقف سريانه .

(١) دى باج ٣ فقرة ٢٩٠ .

الفصل الثانى

الالتزام التضامنى (*)

(obligation solidaire)

١٢٣ — التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين : قدمنا أن الطرف المتعدد فى الالتزام التضامنى قد يكون هو الدائن فيكون هناك تضامن بين الدائنين ، وقد يكون هو المدين فيكون هناك تضامن بين المدينين . والتضامن بين المدينين هو الأكثر وقوعاً فى العمل .

وسواء كان التضامن بين الدائنين أو بين المدينين ، فهو أحد طرق الضمان للدين ، بل هو أبلغ فى الضمان من الكفالة . ذلك أن الدائن فى الكفالة — إذا

(*) مراجع : بيلون (Pilon) فى النظرية العامة فى النيابة فى الالتزامات رسالة من كان سنة ١٨٩٧ — يوانيد (Ioanid) فى التضامن الناقص رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ — ديشون (Duchon) فى النيابة فى التضامن رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — هامل (Hamel) رسالة من بواتييه سنة ١٩٠٨ — أودينو (Oudinot) فى النيابة الناقصة فى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — هوانج هاى (Huang-Hai) فى التضامن السلبى رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ — فرانسوا (I. François) فى التمييز بين الالتزام التضامنى والالتزام التضامى (in solidum) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ — دراكيديس (Drakidis) فى المبدأ القاضى بأن التضامن لا يفترض رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ . هرفيه (Hervé) فى التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — كايزر (Kayser) رسائل فى التضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ١٩٧ — فانسان (Vincent) توسع القضاء فى فكرة التضامن السلبى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٠١ .

أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ وما بعدها — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ وما بعدها — بنكاز ٢ فقرة ٧٨٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ١١٠٧ وما بعدها — دى باج ٣ فقرة ٣١١ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٤١ وما بعدها — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١١ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٧٥٤ وما بعدها .

لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين – لا يستطيع أن يرجع إلا على المدين الأصلى أولا ، فإذا لم يستوف حقه منه رجع على الكفيل . أما فى التضامن فالدائن يستطيع أن يرجع على أى مدين متضامن بكل الدين . هذا إذا كان التضامن بين المدينين . فاذا كان التضامن بين الدائنين فأى دائن متضامن يستطيع أن يطالب المدين بكل الدين ، ومن جهة أخرى فان وفاء المدين لأى دائن متضامن بكل الدين مبرىء لذمته بالنسبة إلى سائر الدائنين(١) ، وهذا ما يجعل التضامن ما بين الدائنين أقرب إلى أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائن كما سنرى .

والتضامن بنوعيه يقتضى بوجه عام أن تكون هناك شركة أو فى القليل اشتراك فى المصلحة (communauté d'intérêts) بين الأطراف المتضامنين ، وهذه المصلحة المشتركة هى التى تبرر أحكام التضامن (٢) .

ويصح أن يجتمع فى التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين ، فيكون الالتزام متعدد الدائنين مع تضامنهم ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضاً . ويجوز فى هذه الحالة لأى دائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ، كما يجوز لأى مدين أن يفى لأى دائن بكل الدين ، فالوفاء من أى مدين لأى دائن يقضى الدين بالنسبة إلى سائر المدينين وإلى سائر الدائنين (٣) .

الفرع الأول

التضامن بين الدائنين

(Solidarité entre créanciers—Solidarité active)

١٢٤ – مباحث ثلاثة : نبحث فى التضامن بين الدائنين :

(أولا) مصدر هذا التضامن .

(ثانيا) والآثار التى تترتب عليه .

(ثالثا) ثم نعرض لصورة خاصة لدين يقوم فيه ضرب من التضامن بين

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ ص ٤١٤ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٩ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٦ .

الدائنين ، وهى الصورة المعروفة فى الفقه الإسلامى بالدين المشترك ، وقد نقلها عنه التقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى(١) .

المبحث الأول

مصدر التضامن بين الدائنين

١٢٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون »(٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٠٧/١٦١ و١٠٨/١٦٢(٣).

---

(١) وقد عنى التقنين المدنى الجديد بالتضامن فلم يورده مقتضباً كما فعل التقنين المدنى السابق ، وعنى بالتضامن بين المدينين بوجه خاص لأهميته العملية . على أن أكثر الأحكام التى نص عليها فيه يسهل تصور نظائرها فى التضامن بين الدائنين ، وهذا ما سنفعله فيما يلى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « التزم التقنين الراهن (السابق) ما عهد فيه من الاقلال والاقتضاب فيما يتعلق بأحكام التضامن ، مع مالها من عظيم الخطر . فلم يكن بد من أن يعمد المشروع إلى تنظيم صورتى التضامن تنظيماً أشمل ، وأن يعنى بوجه خاص بالتضامن السلبى وهو أهم هاتين الصورتين فى نطاق العمل . على أن أكثر الأحكام التى عنى المشروع بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين . بيد أنه رؤى إغفال هذه الأحكام فى معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن ، حتى لا ينوء المشروع بنصوص حظها من التطبيق العملى جد يسير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ثم حور تحويراً طفيفاً فى لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه ، وأصبحت المادة رقمها ٢٩١ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ — ص ٥٢) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ١٠٧/١٦١ : إذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقى فى استيفاء الشىء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقى فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل .

=

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٩ ، وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٢٦٦ ، وفى التقنين المدنى العراق المادة ٣١٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٢(١) .

١٢٦ — التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام :

بالرغم من أن نص المادة ٢٧٩ سالفة الذكر قد شمل التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين وقضى بأن مصدر التضامن يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون ، فلا يتوهم من ذلك أن التضامن بين الدائنين هو كالتضامن بين المدينين يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . فالتضامن بين الدائنين لا يكون مصدره إلا الاتفاق أو الوصية ، أى الإرادة بوجه عام ، ولا يكون مصدره القانون(٢) .

= م ١٠٨/١٦٢ : لايلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد أو أوجبه القانون ، وفى هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضاً ووكلاء عن بعضهم بعضاً فى وفاء المتعهد به ، وتتبع القواعد العامة المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل . (والتقنين المدنى الجديد لم يغير من مصدر التضامن الايجابى فهو الاتفاق ، ولا من مصدر التضامن السلبى فهو الاتفاق أو نص فى القانون . أما ما عرض له التقنين المدنى السابق من أن أحكام الوكالة تنطبق على التضامن الايجابى وأن أحكام الوكالة والكفالة تنطبق على التضامن السلبى ، فقد تجنب ذكره التقنين المدنى الجديد ، مقتصراً على التطبيقات التشريعية التى أتى بها وهى تخرج فى بعض الأحوال على هذه الأحكام) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢٧٩ (مطابقة للمادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٦ (مطابقة للمادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراق م ٣١٥ : لا يكون الدائنون متضامنين إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان القانون ينص على تضامنهم . (ونجد هنا التقنين المدنى العراق يصرح بأن القانون قد يكون مصدراً لتضامن الدائنين ، وليس يوجد تطبيق لذلك: راجع الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٩٣ وهو لا يشير إلى أى تطبيق فى هذا الصدد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١٢ : إن التضامن بين الدائنين لا يؤخذ بالاستنتاج ، بل يجب أن ينشأ عن عقد قانونى أو عن القانون أو عن ماهية العمل .

(وهنا أيضاً نجد التقنين اللبنانى يشير إلى القانون مصدراً لتضامن الدائنين دون أن يورد مثلا لذلك) .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ص ٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٢ ص ٢٥٢ =

والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع فى العمل . وأكثر مايقع عندما يكون هناك مدينون متضامنون ثم ينقلبون إلى دائنين متضامنين . مثل ذلك أن يبيع ثلاثة ستين قنطاراً من القطن ويتضامنون فى الالتزام بالتسليم، ثم لايدفع المشترى الثمن ، فيكونون دائنين بالتضامن فى المطالبة بفسخ البيع . وكذلك لو كان العقد هبة وأراد الواهبون المتضامنون الرجوع فى الهبة ، فانهم يكونون دائنين متضامنين فى هذا الرجوع . ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصية ، فيوصى شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه من تركته ويجعلهم متضامنين فى المطالبة بهذا المبلغ(١) ، وهنا نشأ التضامن الإيجابى منذ البداية ولم ينعكس عن تضامن سلبى(٢) .

= وفقرة ١١٢٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٥٧ ص ٤١٢ — ويقول بيدان ولاجارد أنه لاتوجد أية حالة للتضامن الإيجابى يكون مصدرها القانون ، وإذا كان يُذكَر فى بعض الأحيان حالة الشركاء فى شركة التضامن ، فهؤلاء مدينون بالتضامن ، وليسوا دائنين بالتضامن ، والدائن هى الشركة دون غيرها (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٩٨٦ — ص ٨٩٧) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول : « قد يكون مصدر التضامن السلبى والإيجابى تعبيراً عن الإرادة » . ثم تقول : « هذا وقد يكون نص القانون مصدراً للتضامن السلبى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١) — قارن مع ذلك التقنين المدنى العراقى المادة ٣١٥ وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٢ .

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٣٣ وفقرة ٢١٩ — فقرة ٢٢٠ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٤ وفقرة ٢٧٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٣ وفقرة ١١٢٦ .

(٢) وعند الفرنسيين صورة عملية للتضامن بين الدائنين ، أغنوها مدة من الزمن للتهرب من ضريبة التركات . وذلك بأن يودع المورث والوارث المحتمل — زوج وزوجته أو ابن وابنه أو نحو ذلك — النقود باسميهما فى أحد المصارف على أن يكونا دائنين متضامنين لهذا الحساب المشترك (compte joint) ، فيتمكن بذلك أى منهما أن يسحب من المصرف كل المبلغ بمفرده ، فإذا مات أحدهما وورثه الآخر سحب الوارث المبلغ كله ، فيفلت بذلك من ضريبة التركات . غير أن قانونين صدرا فى ٣١ مارس سنة ١٩٠٣ و ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ اعتبرا هذا الحساب المشترك ملكاً مشتركاً للدائنين ، فإذا مات أحدهما اعتبر نصيبه تركة تستحق عليها الضريبة . على أن باب التحايل لا يزال مفتوحاً عن طريق إخفاء العنوان الحقيقى ، وعن طريق إيداع الحساب المشترك أحد المصارف الأجنبية حيث لا يسرى عليه التشريع الفرنسى (أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٥٩٧ — ص ٥٩٨ — دى باج ٣ فقرة ٣٣٧) — أما فى مصر فتفتح الحساب الجارى المشترك نادر الوقوع ، وترفضه =

والسبب فى ندرة التضامن بين الدائنين أن مضار هذا التضامن تربى على فوائده . فان الدائنين إذا اشترطوا التضامن بينهم لايكسبون من وراء ذلك إلا أن أى دائن منهم يستطيع المطالبة بكل الدين ، كما يستطيع المدين أن يوفيه إياه كله . وهذا الكسب لا يعد شيئاً مذكوراً إلى جانب مايتعرض له الدائنون من الخطر ، فان أى دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله ، فتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء ، وليس لسائر الدائنين إلا الرجوع كل بنصيبه على الدائن الذى استوفى الدين ، فاذا هو أعسر تحملوا تبعة إعساره ، وفى هذا من الخطر مافيه . أما ما أفادوه من التضامن فيستطيعون الوصول إليه من غير هذا الطريق ، فانهم يملكون عند حلول الدين أن يعطوا أياً منهم توكيلاً بقبض كل الدين(١) . على أنه يلاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد خفف بعض الشيء من مضار التضامن بين الدائنين ،

= المصارف عادة خشية النزاع الذى يقع بين ورثة من يموت من أصحاب الحساب ومن بقى من هؤلاء حياً (الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى ٢ ص ٣٤٩ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٧٥ هامش رقم ٢) .

كذلك صدر فى فرنسا قانون فى ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ وقانون آخر فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعلان حملة سندات القرض الواحد فى موقف قريب من موقف الدائنين المتضامنين ، فحامل السند إذا قطع التقادم بالنسبة إلى الأرباح أفاد من ذلك حملة السندات الآخرون : وكذلك إذا هو حصل على حكم أفاد منه الآخرون ولو لم يكونوا طرفاً فيه . وهذا الضرب من التضامن الإيجابى الخاص يصح أن يقال بأن مصدره القانون (أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ — ص ٤١٦ — ص ٤١٧) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٥٩٦ — دى باج ٣ فقرة ٣٣٦ — هذا ويبدو الفرق واضحاً ما بين تضامن الدائنين والوكالة . فقد يوكل الدائن عنه شخصاً فى قبض الدين ، فلا يكون هذا الوكيل دائناً متضامناً مع موكله ، فإن للدائن أن يعزله من الوكالة ، وإذا قبض الوكيل الدين وجب عليه دفعه للموكل إذ لا نصيب له فيه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٨) .

والتضامن بين الدائنين إذا كان نافعاً فهو أنفع للمدين منه للدائنين المتضامنين ، إذ يتمكن المدين أن يوفى الدين كله لأى من هؤلاء الدائنين فيبرأ ذمته نحو الباقين ، فيهيء التضامن له بذلك طريقاً ميسراً للوفاء بالدين ، ولا حاجة به أن يقسم الدين على الدائنين فيعطى لكل نصيبه ، وفى هذا من الكلفة والمشقة ما فيه . وقد كان التضامن بين الدائنين نافعاً فى القانون الرومانى من ناحية خاصة بهذا القانون ، إذ كان يفتح الطريق لحوالة الحق بأن يضم الدائن من يريد أن يحول له الحق دائناً متضامناً معه ، فيجيز بذلك للمدين أن يوفى الدين كله لهذا الدائن المتضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) .

بأن نص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ على جواز ممانعة الدائنين فى أن يوفى المدين الدين لأحدهم . كما أن التضامن ينطوى على وكالة يجوز الرجوع فيها ، وسيأتى بيان ذلك .

١٢٧ — التضامن بين الدائنين لا يفترض : ولما كان التضامن بين الدائنين مصدره الإرادة أو الاتفاق ، فانه لا يجوز افتراض وجوده : وما لم توجد إرادة واضحة لاخفاء فيها بانشاء هذا التضامن فانه لا يقوم . فاذا باع مثلا ثلاثة أشخاص داراً لهم فى الشيوع ، ولم يشترطوا على المشترى التضامن بينهم فى وضوح ، فلا يستخلص من شيوع الدار بين البائعين أنهم متضامنون فى تقاضى الثمن . بل ينقسم الثمن عليهم كل بقدر نصيبه فى الدار المبيعة . كذلك إذا كان المشترى قد اشترط على البائعين التضامن فى التزاماتهم نحوه . فان ذلك لا يؤخذ منه ضرورة أنهم متضامنون فى حقوقهم عليه ، بل لابد من اشتراط التضامن فى الحقوق كما اشترط فى الالتزامات(١) .

على أنه لا يفهم من ذلك أن التضامن لابد أن يرد فيه شرط صريح ، فقد يستخلص ضمناً من الظروف والملابسات(٢) ، ولكن يجب ألا يكون هناك شك فى أنه مشترط .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض . وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً ، ولكن ينبغى أن تكون دلالة الاقتضاء فى مثل هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها . فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لإثباته »(٣) . وليس من

---

(١) لارومبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٣٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢١ . على أنه يصح أن يستخلص ضمناً من الظروف والملابسات أن التضامن فى الالتزامات يستتبع التضامن فى الحقوق (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠) .

(٢) على أنه يجب استخلاصه حتما من الظروف والملابسات ، فإذا قام فى شأنه شك أو لم يتيسر إثباته ، فإنه لا يفترض ، ويتعين استبعاده فى هاتين الحالتين (دى باج ٣ فقرة ٤١٤ ص ٢٩٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ .

الضرورى ، فى الشرط الصريح ، أن يستعمل لفظ « التضامن » ، فأى لفظ يؤدى هذا المعنى يكفى ، كأن يشترط الدائنون أن يكون لأى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين ، أو يشترط المدين أنه يستطيع الوفاء بكل الدين لأى من الدائنين .

ولا يفترض التضامن بين الدائنين حتى فى المسائل التجارية ، بل يجب اشتراطه فى وضوح(١) . وحتى فى شركة التضامن ، إذا كان كل الشركاء يديرون الشركة ، وأمكن لكل منهم أن يستوفى من مدينى الشركة ما عليهم من ديون لها ، فان ذلك لا يعنى أن الشركاء دائنون بالتضامن ، بل إن كل شريك إنما يعمل باسم الشركة . والشركة وحدها هى التى تستوفى ديونها عن طريق وكيل عنها هو أحد الشركاء(٢) .

١٢٨ — وحدة المحل وتعدد الروابط : والتضامن بين الدائنين على النحو الذى سبق ذكره يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل . أما أن الالتزام يكون متعدد الروابط ، فذلك بأن كل دائن متضامن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن الروابط التى تربط المدين بالدائنين المتضامنين الآخرين ، فتعدد الدائنين المتضامنين يستتبع تعدد الروابط . وأما أن الالتزام يكون موحد المحل ، فذلك هو الذى يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين ، ولو أن الدائنين المتعددين لم يكونوا متضامنين لما احتفظ الالتزام بوحدته ولكان التزاماً

---

(١) ليون كان ورينو ٣ فقرة ٣٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٧ — دريداق أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ (solidarité) فقرة ٨ .

(٢) ليون كان ورينو ٢ فقرة ٢٩٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٧ .

وإذا كان للدائن مدينون متضامنون ، ونزل عن حقه قبل أحدهم إلى محال له ، واستبق المدينين الباقين ، فهل يصبح هو والمحال له ، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين الباقين ، دائنين بالتضامن ويستخلص التضامن فى هذه الحالة من الظروف ؟ الظاهر أنه لا تقوم علاقة التضامن بينهما ولا يمكن استخلاصها من هذه الظروف ، ولكن يصح اعتبارهما دائنين بالتضامم (in solidum) على غرار المدينين بالتضامم (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨) .

أما إذا نزل الدائن عن حقه لمحال له دون أن يستبق المدينين الآخرين ، فان المحال له وحده هو الذى يصبح الدائن مكان الدائن الأصلى ، وتنتفى علاقة الدائن الأصلى بالمدينين المتضامنين .

متعدد الأطراف ينقسم على الدائنين المتعددين التزامات مستقلة بعضها عن بعض كما بينا فيما تقدم(١) .

وبحسبنا هنا أن نبين أهم المظاهر لتعدد الروابط بالرغم من وحدة المحل(٢):

(١) يجوز أن تكون الرابطة التي تربط أحد الدائنين المتضامنين بالمدين موصوفة وتكون الروابط الأخرى بسيطة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامنين دائناً تحت شرط أو إلى أجل ، ويكون سائر الدائنين المتضامنين حقوقهم منجزة . كما يجوز أن تكون إحدى الروابط معلقة على شرط ، ورابطة أخرى مقترنة بأجل . وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى إذ تنص على أنه « يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين » .

(٢) يجوز أن تكون إحدى الروابط قد شابها عيب والروابط الأخرى غير معيبة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامنين قاصراً فتكون رابطته قابلة للإبطال لنقص الأهلية ، أو يجوز أن تكون إرادته قد شابها غلط أو تدليس أو إكراه فتكون رابطته قابلة للإبطال لهذا العيب دون الروابط الأخرى ، أو يجوز أخيراً أن تكون إحدى الروابط دون غيرها قابلة للفسخ .

(٣) يجوز أن تنقضى إحدى الروابط وتبقى مع ذلك الروابط الأخرى ، وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على تضامن الدائنين

١٢٩ — العلاقة ما بين الدائنين والمدين والعلاقة فيما بين الدائنين بعضهم ببعض : يجب ، فى بيان الآثار التى تترتب على تضامن الدائنين ، التمييز بين أمرين : (١) العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين . (٢) وعلاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض .

---

(١) انظر فى الدفاع عن فكرة تعدد الروابط ووحدة المحل فيما يتعلق بالتضامن السلبى بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٦٣/٣ .

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٧ .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين

١٣٠ – النصوص القانونية : تنص المادة ٢٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم ، إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » .

« ٢ – ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام »

وتنص المادة ٢٨١ على ما يأتى :

« ١ – يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء، ويراعى فى ذلك مايلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين » .

« ٢ – ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً » .

وتنص المادة ٢٨٢ على ما يأتى :

« ١ – إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله » .

« ٢ – ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين »(١).

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما يتعلق بالفقرة الثانية . أما الفقرة الأولى فقد كان نصها فى=

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٧/١٦١(١).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٨٠ — ٢٨٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٦٧ — ٢٦٩ ، وفى

= المشروع التمهيدى على الوجه الآتى « إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز لكل منهم أن يطالب المدين بأداء كل الدين ، وجاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحاً لأى من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بمطالبة كل من الدائنين بأداء كل الدين لأن هذا الحكم منصوص عليه فى المادة التالية ، وحذفت عبارة « وفاء صحيحاً » إذ لا ضرورة لها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٩٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » بعبارة « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من الوفاء » ، لأن المقصود هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء المدين لدائن آخر ، فى حين أن عبارة « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات إلخ » قد توحى بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة ، مع أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض ، ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، وأصبح رقمها ٢٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٣ — ص ٥٥) .

م ٢٨١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٣ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٥ — ص ٥٦) .

م ٢٨٢ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٤ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ — ص ٥٩)

(١) التقنين المدنى السابق م ١٠٧/١٦١ : « إذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقى فى استيفاء الشىء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقى فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل » . وقد سبق إيراد هذا النص . ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، وإن كان التقنين السابق قد أحال على أحكام الوكالة جملة واحدة دون التفصيل الذى أتى به التقنين الجديد . هذا وقد أشار بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١١٦٨) ، وهو يعرض لبعض القوانين الأجنبية ، إلى أن التقنين المدنى المختلط السابق يقيم التضامن بين الدائنين على فكرة الوكالة ، فلا يجوز لأى دائن أن يقضى الدين بتجديد أو إبراء وإلا جاوز حدود الوكالة .

التقنين المدنى العراقى المواد ٣١٦ – ٣١٨ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ١١ و ١٣ – ١٩ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢٨٠ — ٢٨٢ (مطابقة للمواد ٢٨٠ — ٢٨٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٦٧ — ٢٦٩ (مطابقة للمواد ٢٨٠ — ٢٨٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣١٦ — ٣١٨ (متفقة فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١١ : يوجد التضامن بين الدائنين حين يكون شخصان أو عدة أشخاص أصحاباً لدين واحد يحق لكل منهم أن يطلب دفع هذا الدين بجملته ، كما يحق من جهة أخرى للمديون أن يدفع الدين إلى أى كان منهم ، وهذا ما يسمونه تضامن الدائنين . على أن الدائن المتضامن لا يحق له أن يتصرف فى مجموع الدين ، بل يعد مفوضاً من قبل سائر الدائنين فى المحافظة على القسم الذى يتجاوز مبلغ حصته وفى استيفائه من المديونين .

م ١٣ : إن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء العوض أو بأداء الشيء المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التعاقد تجاه أحد الدائنين . إن المديون الذى يوفى أحد الدائنين المتضامنين حصته فى الموجب يبرىء ذمته تجاه الآخرين على قدر هذه الحصة .

م ١٤ : إن إسقاط أحد الدائنين المتضامنين الدين لا يسرى على الآخرين ولا يبرىء المديون إلا من حصة هذا الدائن . وإن اجتماع صفتى الدائن والمديون فى شخص أحد الدائنين المتضامنين وفى شخص المديون لا يسقط الموجب إلا بالنظر إلى هذا الدائن .

م ١٥ : إن مرور الزمن الذى تم على حق أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى على الآخرين . وخطأ أحد الدائنين المتضامنين أو تأخره لا يضر ببقية الدائنين .

م ١٦ : إذا أنذر أحد الدائنين المديون أو أجرى حكم الفائدة على الدين ، فسائر الدائنين يستفيدون من نتيجة عمله .

م ١٧ : إن الأعمال التى تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد الدائنين المتضامنين يستفيد منها الآخرون . أما الأسباب التى تقف سريان مرور الزمن فتبقى شخصية ومختصة بكل من الدائنين .

م ١٨ : إن الصلح الذى يعقد بين أحد الدائنين والمديون يستفيد منه الدائنون الآخرون حينما يكون متضمناً الاعتراف بالحق أو بالدين . ولا يسرى عليهم هذا الصلح حين يتضمن إسقاط الدين أو إحراج موقفهم إلا إذا رضوا به .

م ١٩ : إذا منح أحد الدائنين المتضامنين المديون مهلة ، فلا يسرى ذلك على الآخرين ، ما لم يستنتج العكس من صك إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية .

وهذه الأحكام التفصيلية الواردة فى التقنين اللبنانى تتفق مع ما أجمله التقنين المصرى فى =

١٣١ — استخلاص المبادىء الأساسية : ويستخلص من هذه النصوص المبادىء الأساسية الثلاثة الآتية :

أولا — لأى دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين ، وللمدين أن يفى بكل الدين لأى مدين متضامن ، والوفاء بكل الدين لأى مدين متضامن يبرىء ذمة المدين من الدين نحو سائر الدائنين (م ٢٨٠ — ٢٨١ مدنى) .

ثانياً — أما أسباب انقضاء الالتزام الأخرى ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة و إبراء وتقادم ، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ، اقتصر أثرها على حصة هذا الدائن ، ولا يحتج المدين بأيها على سائر الدائنين إلا بمقدار هذه الحصة (م ٢٨٢/١ مدنى) .

ثالثاً — ولا يجوز لأى من الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه أن يضر بسائرهم ، ولكن إذا أتى عملا من شأنه أن يفيدهم أفادوا منه (م ٢٨٢/ ٢ مدنى) .

والأصل فى ذلك أن كل دائن متضامن يعتبر ، فى استيفاء الدين من المدين ، أصيلا عن نفسه فى حصته ونائباً عن سائر الدائنين فى حصصهم ، فيكون استيفاؤه للدين مبرئاً لذمة المدين نحو سائر الدائنين . أما فى أسباب الانقضاء الأخرى ، فليس الدائن نائباً عن الدائنين الآخرين ، بل هو أصيل عن نفسه فحسب ، وما يقع من هذه الأسباب يقتصر عليه وحده ولا يتعداه إلى سائر الدائنين . ثم إن نيابة كل دائن عن سائر الدائنين تقوم أيضاً فى كل عمل من

= نصوصه الثلاثة ، إلا فى أن التجديد والمقاصة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين يبرئان ذمة المدين نحو سائر الدائنين فى التقنين اللبنانى ، ولا يبرئانه إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع منه التجديد أو المقاصة فى التقنين المصرى . هذا وقد أجمل التقنين المصرى أحكام التضامن بين الدائنين لأن هـذا التضامن نادر فى العمل ، واحتفظ بتفصيل الأحكام للتضامن بين المدينين الذى هو أكثر وقوعاً . على أن أكثر الأحكام التى عنى التقنين المصرى بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين . بيد أنه رؤى إغفال هذه الأحكام فى معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن حتى لا ينوء التقنين بنصوص حظها من التطبيق العملى جد يسير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

شأنه أن يفيد هؤلاء الدائنين، دون الأعمال التي يكون من شأنها أن تضر بهم(١).

فعندنا إذن مسائل ثلاث نتناولها بالبحث على التعاقب : (١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء (٣) أعمال الدائن التي من شأنها أن تفيد سائر الدائنين أو أن تضر بهم .

§ ١ — انقضاء الدين بالوفاء

١٣٢ — للمدين أن يوفى أى دائن كل الدين : وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدنى كما رأينا ، إذ تقول : « إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم » . فللمدين إذن أن يختار أى دائن من الدائنين المتضامنين فيوفيه كل الدين ، وليس لمن اختاره المدين من الدائنين أن يرفض استيفاء الدين كله ، بل ليس له أن يقتصر على قبض نصيبه من هذا الدين ويرفض قبض الباقى ، وإنما عليه أن يقبض كل الدين . وهذه هى الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين ، فان هذا التضامن كما قدمنا أقرب أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائنين المتضامنين ، إذ يستطيع المدين

---

(١) يبين بودرى وبارد كيف تطورت هذه المبادىء من القانون الرومانى حتى وصلت إلى التقنين المدنى الفرنسى . ففى القانون الرومانى كان كل دائن متضامن يستطيع أن يتصرف فى الدين كما لو كان هو الدائن الوحيد ، فيستوفيه ويقضيه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، فتبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين . ولا يرجع الدائنون على الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء إلا إذا أثبتوا أن هناك مصلحة مشتركة بين جميع الدائنين ، فيرجع كل دائن بنصيبه فى هذه المصلحة المشتركة . أما فى القانون الفرنسى القديم فقد كان الحكم هو أيضاً كالحكم فى القانون الرومانى ، إلا أن المصلحة المشتركة بين الدائنين كانت مفترضة ، فكان كل دائن يرجع بنصيبه بحكم القانون . وتغير هذا الحكم فى التقنين المدنى الفرنسى ، فأصبح الدائن المتضامن لا يملك إلا استيفاء الدين ، فإذا استوفاه أو وفاه المدين له برئت ذمة المدين نحو سائر الدائنين . أما ما عدا الوفاء من أسباب انقضاء الدين فلا يسرى فى حق الدائنين الآخرين إلا بقدر نصيب الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء . ويكون كل دائن متضامن ممثلا لسائر الدائنين لا فى الوفاء فحسب ، بل أيضاً فى كل عمل من شأنه تثبيت الدين وتقويته ، دون الأعمال التى يكون من شأنها إسقاط الدين أو إضعافه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٢) .

أن يوفى أحد هؤلاء الدائنين الدين كله دون أن يضطر إلى تجزئة الدين و إعطاء كل دائن نصيبه . و إذا رفض الدائن الذى اختاره المدين قبض الدين ، جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً طبقاً للإجراءات المقررة للعرض الحقيقى . ومتى قبض الدائن الدين أو تمت إجراءات العرض ، برئت ذمة المدين من الدين ، لا فحسب قبل الدائن الذى قبض الدين وحده ، بل قبله وقبل سائر الدائنين .

وكما أن الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين وفاء جزئياً بحصته من الدين فقط ، كذلك لا يستطيع المدين أن يفرض على الدائن أى وفاء جزئى ولو بقدر حصة هذا الدائن ، بل إنه إذا أراد إجباره على قبول الوفاء وجب عليه أن يعرض الدين كاملا غير منقوص .

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق المدين مع الدائن على أن يفى له بنصيبه وحده فى الدين ، ومتى قبل الدائن منه هذا الوفاء ، برئت ذمة المدين بقدر هذا النصيب ، وصار لأى دائن آخر من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالدين بعد أن يستنزل منه نصيب الدائن الذى استوفى حصته(١) . فاذا ما استوفاه على هذا النحو ، كان لكل دائن آخر – عدا الدائن الذى استوفى نصيبه طبعاً – أن يرجع بنصيبه على من قبض الدين(٢) .

١٣٣ – ما لم يمانع أحد الدائنين : وتقضى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدنى ، كما رأينا ، بأنه يجوز للمدين أن يفى بكل الدين لأى من الدائنين « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » . وقد كانت هذه العبارة الأخيرة الواردة فى النص نتيجة تحوير غريب فى لجنة مجلس الشيوخ ، كان من شأنه أن يقلب المعنى

---

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٥ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا استوفى أحد الدائنين المتضامنين جزءاً من الدين ، حتى لو كان هذا الجزء هو نصيبه وحده ، جاز لسائر الدائنين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنسبة نصيبه فى الدين (لارومبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ٢٠ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ — فقرة ١٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦) .

الذى كان المشروع التمهيدى قد قصد إليه . فقد كان نص هـذا المشروع على الوجه الآتى : « ... جاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحاً لأى من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من ذلك » . وكان المقصود من هذه العبارة هو عين ما ذهب إليه التقنين المدنى الفرنسى فى الفقرة الأولى من المادة ١١٩٨ ، وهى تنص على أنه « يكون للمدين الخيار فى أن يوفى الدين لواحد أو لآخر من الدائنين المتضامنين ، مادام لم يمنعه من ذلك مطالبة أحد الدائنين له بالوفاء(١) » . فيكون المعنى المقصود فى المشروع التمهيدى أن للمدين أن يوفى كل الدين لأى دائن يختاره من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا طالبه بالدين دائن آخر ، واتخذ هذا الدائن إجراءات للمطالبة تمنع المدين من الوفاء لغيره(٢) . ويؤكد ذلك ما ورد فى هذا الشأن فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فهى تقول : « وليس يقتصر الأمر على تخويل كل من الدائنين المتضامنين حق اقتضاء الدين بأسره من المدين ، بل للمدين كذلك أن يبرىء ذمته بالوفاء لأيهم ، ما لم يقم أحدهم بما يحول دون ذلك . فاذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة ، تعين عليه أن يقوم بالوفاء لمن باشر هذه الإجراءات وغيره من الدائنين الذين أصبحوا طرفاً فيها » .

ولكن لجنة مجلس الشيوخ لم تلتفت إلى المعنى المقصود ، وظنت أن عبارة

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1198: Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

(٢) أنظر أيضاً فى هذا المعنى م ١١٩٦ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد (والمادة ١١٨٥ من التقنين المدنى الإيطالى القديم) والمادة ١١٤٢ من التقنين المدنى الأسبانى والمادة ٧٥٠ من التقنين المدنى البرتغالى والمادة ١٤٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٨٩٢ من التقنين المدنى النمساوى والمادة ١٤٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٩ من تقنين الالتزامات البولونى والمادة ٨٩٩ من التقنين المدنى البرازيلى . وانظر عكس ذلك المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى الألمانى وانظر فى هذه النصوص المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٠ — ص ٤٥٣) . وانظر شرح هذا الحكم فى القانون الفرنسى وانتقاده والرد على هذا الانتقاد فى شكل المطالبة بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٨ — فقرة ١١٤٤ .

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٣ – مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩ .

« إلا إذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من الوفاء » يقصد بها مجرد الممانعة من دائن آخر أن يفي المدين للدائن الذى اختاره وذلك عن طريق إجراءات يتخذها الدائن الممانع ، فحورت العبارة بحيث أصبحت : « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » ، « لأن المقصود كما تقول اللجنة ، هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء الدين لدائن آخر ، فى حين أن عبارة : إلا إذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من ذلك . قد توحى بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة ، على أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض . ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات »(١) .

وواضح أن لجنة مجلس الشيوخ قلبت بهذا التحوير المعنى المقصود ، فلم يعد الأمر فى التقنين المدنى المصرى ، كما هو فى التقنين المدنى الفرنسي وغيره من التقنينات ، أن يطالب دائن متضامن آخر المدين بالوفاء فيتعين عندئذ على المدين أن يوفى الدين لهذا الدائن دون الدائن الذى اختاره هو . بل صار الأمر على الوجه الآتى : إذا اختار المدين دائناً متضامناً ليوفى الدين له ، جاز لأى دائن آخر أن يعترض على هذا الوفاء فيمنعه . ولكن ذلك لا يعنى أن المدين يتعين عليه أن يوفى الدين كله للدائن المعترض ، فليس هذا الدائن أولى بالوفاء له من الدائن الذى اختاره المدين . ونرى فى هذه الحالة أن الدائن الذى يعترض على الوفاء لغيره يكون قد نقض الوكالة المستخلصة من التضامن ، والتى بموجبها كان للدائن الذى اختاره المدين أن يقبض نصيب الدائن المعترض ، فيتعين على المدين أن يعطى لهذا الدائن نصيبه ، وألا يوفى للدائن الذى اختاره إلا نصيبه وأنصبة الدائنين الآخرين الذين لم يعترضوا ، ولهؤلاء أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنصيبه . فنوفق بذلك بين حق الدائن المعترض من جهة وحق الدائن الذى اختاره المدين من جهة أخرى(٢) . وقد زال بهذا التحوير غير المقصود

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٤ — ص ٥٥ . وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ فى الهامش .

(٢) ويرى الأستاذ إسماعيل غانم أنه « إذا اعترض أحد الدائنين ، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشىء محل الالتزام » قياساً على المادة ٣٠٢/٢ مدنى فى عدم قابلية الالتزام للانقسام (أحكام الالتزام فقرة ٢١٢ ص ٣٠٠ هامش رقم ١) . ونرى أن القياس هنا غير سائغ ، فإن الالتزام غير القابل للانقسام لا يتجزأ حتى يعطى للدائن المعترض =

عيب من عيوب التضامن بين الدائنين ، وأصبح لأى دائن متضامن أن يتوقى نتيجة تضامنه مع الدائنين الآخرين إذا اختار المدين غيره للوفاء ، فما عليه إلا أن يعترض فيستوفى نصيبه رأساً من المدين ، دون أن يعرض نفسه لإعسار الدائن الذى اختاره المدين . وقد وقف التقنين المدنى المصرى بهذا الحكم – عند ما تتعارض رغبة المدين فى الوفاء لدائن معين مع رغبة دائن آخر فى أن يستوفى هو الدين – موقفاً وسطاً بين التقنين المدنى الفرنسى الذى يقدم رغبة الدائن على رغبة المدين والتقنين المدنى الألمانى الذى يقدم رغبة المدين على رغبة الدائن ، فأن هذا التقنين الأخير فى المادة ٤٢٨ منه لا يمنع المدين من أن يوفى الدين كله للدائن الذى اختاره بالرغم من مطالبة دائن آخر باستيفاء الدين(١) .

والاعتراض الذى يصدر من الدائن الممانع لا يشترط فيه شكل خاص ، كما تذكر لجنة مجلس الشيوخ ، فيصح أن يكون بانذار رسمى على يد محضر ،

= نصيبه منه ويعطى الباقى للدائن الذى اختاره المدين . ولما كان هذا الحل مستحيلا فى الالتزام غير القابل للانقسام وممكناً فى الالتزام التضامنى ، فقد استبعده المشرع فى الأول ولم يستبعده فى الثانى . هذا إلى أن الحل الذى نقول به يجعل التضامن الإيجابى أقرب إلى ضمان المدين منه إلى ضمان الدائن ، وهى النزعة التى يحسن تغليبها فى هذا النوع من التضامن .

(١) ولعل هذا يحدد نزعة كل من التقنينات الثلاثة : فالتقنين الفرنسى – إذا تعارض ما فى التضامن الايجابى من ضمان للدائن مع ما فيه من ضمان للمدين – يضحى ضمان المدين . والتقنين الألمانى يضحى ضمان الدائن . والتقنين المصرى يوفق بين الأمرين ، بأن يستبقى ضمان المدين ، مع إعطاء الدائن نصيبه فى الدين رعاية لمصلحته المشروعة .

وفى ضوء هذا الاعتبار ، نرى أنه إذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، فى التقنين المصرى ، ويكون المدين قد اختار أن يوفى الدين لغيره من الدائنين ، تعين على المدين أن يوفى أولا الدائن المطالب نصيبه فى الدين ، ثم يوفى للدائن الذى اختاره بقية الدين بعد استنزال نصيب الدائن المطالب . فيتعادل على هذا النحو الدائن الذى يطالب بوفاء الدين له مع الدائن الذى يمانع فى وفاء الدين لغيره . وقد رأينا أن التقنين الفرنسى والتقنين الألمانى يقفان فى هذه المسألة موقفين متعارضين : فالتقنين الفرنسى يحتم على المدين أن يوفى الدين كله للدائن المطالب ، والتقنين الألمانى يجيز للمدين أن يوفى بالدين كله للدائن الذى اختاره .

ولكن يجب أن يلاحظ أنه إذا رجع أحد الدائنين المتضامنين على المدين يطالبه بكل الدين فى التقنين المصرى ، لم يجز أن يقتصر المدين على إعطاء هذا الدائن نصيبه ، مكتفياً بالقول إنه اختار دائناً آخر للوفاء له بباقى الدين . بل يجب على المدين فى هذه الحالة أن يوفى كل الدين للدائن المطالب ، ما لم يكن قد دفع فعلا — ولو بعد هذه المطالبة — باقى الدين إلى دائن آخر ، وقدم ما يثبت ذلك .

ويصح أن يكون مجرد إخطار كتابي أو شفوى ، على أن يكلف الدائن المانع باثباته ، ويكون الإثبات خاضعاً للقواعد العامة التي تتطلب الكتابة فيما إذا كان نصيب الدائن المانع يزيد على عشرة جنيهات . ويوجه الاعتراض إلى المدين ، حتى يمتنع من وقت وصول الاعتراض إليه من دفع نصيب الدائن المعترض إلى أي دائن آخر من الدائنين المتضامنين . وعلى الدائن المعترض أن يبين فى اعتراضه مقدار هذا النصيب ، تحت مسئوليته ، حتى يحتجزه المدين له .

١٣٤ — لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة الدائن المتضامن

المتضامن : وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين . إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » . ومقتضى هذا الحكم أنه إذا مات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة متعددين ، فان الدين ينقسم عليهم كل بقدر نصيبه فى الميراث ، وذلك فيما يختص بالعلاقة بينهم وبين المدين . وقد كان المدين يستطيع أن يوفى الدين كله لمورثهم قبل موته على النحو الذى سبق بيانه ، وكان المورث يستطيع أن يطالب المدين بالدين كله على النحو الذى سيأتى بيانه . ولكن بعد موت المورث لا يستطيع المدين أن يفى لأحد الورثة من الدين كله إلا بنسبة نصيبه فى الميراث ، ولا يستطيع هذا الوارث أن يطالب المدين بالوفاء إلا بنسبة هذا النصيب . فلو أن الدائنين المتضامنين كانوا أربعة ، وكان الدين ستمائة ، ومات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة ثلاثة بأنصبة متساوية فى الميراث ، فان كل وارث منهم يستوفى من الدين مائتين فقط . فاذا ما استوفاها رجع عليه كل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين بخمسين ، ويستبقى الوارث خمسين هى نصيبه فى الإرث من حصة مورثه فى الدين ، وقد بلغت هذه الحصة مائة وخمسين(١) .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتظل وحدة الدين مكفولة ما بقى الدائن المتضامن حياً . فإذا مات انقسم الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام . فلو فرض مثلا أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وقد توفى أحدهم عن وارثين متكافئى الفرض ، فلا يجوز لأيهما أن يطالب المدين إلا بمبلغ ١٥٠ جنيهاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩) .
=

هذا إذا كان الدين قابلا للانقسام . أما إذا كان غير قابل له، فانه لاينقسم على الورثة ، بل يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى وارث من ورثة الدائن المتضامن الذى مات ، كما يجوز لأى وارث أن يطالب المدين بكل الدين . فاذا استوفى أحد الورثة الدين كله ، أعطى منه لكل دائن متضامن الحصة التى له فى الدين ، ثم أعطى لكل وارث نصيبه فى الأرث من حصة المورث . فى المثل المتقدم ، إذا قبض أحد الورثة الدين كله وهو ستمائة ، أعطى لكل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين مائة وخمسين ، فيبقى معه مائة وخمسون هى حصة مورثه ، يعطى منها خمسين لكل من الوارثين الآخرين ، ويستبقى لنفسه خمسين هى نصيبه فى الأرث من حصة مورثه .

وكثيراً مايشترط فى التضامن بين الدائنين أن يكون الدين قابل للانقسام(١) ، توقياً من انقسامه على ورثة الدائنين ، وتيسيراً على المدين أن يوفى الدين كله لأى من الدائنين المتضامنين ولأى من ورثة هؤلاء(٢) .

١٣٥ — ولأى دائن مطالبة المدين بكل الدين : وكما يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى دائن متضامن على النحو الذى سبق بيانه وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى المدين ، كذلك يجوز لأى دائن متضامن أن يطالب المدين بالدين كله وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى الدائنين المتضامنين . وقد

= هذا ويلاحظ أن أحد الورثة ، إذا طالب المدين بنصيبه مطالبة قضائية ، فقطع التقادم وجعل الفوائد تسرى ، فانما يقطع التقادم ويجعل الفوائد تسرى ، لا لصالح الورثة الباقين فقد انقسم الدين عليهم ، بل لصالح الدائنين المتضامنين الآخرين وفى حدود نصيب الوارث فقط ، أى أن التقادم ينقطع والفوائد تسرى بالنسبة إلى الدائنين المتضامنين الآخرين ، فى المثل المذكور فى المذكرة الإيضاحية ، فى حدود مائة وخمسين فقط لا فى الدين كله وهو ثلثمائة (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ — ص ٦٠٣ وص ٦٠٢ هامش رقم ١) .

(١) أما مجرد اشتراط التضامن فلا يفيد وحده اشتراط أن الدين غير قابل للانقسام (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٨) .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٧ ص ٣٠٥ — وكثيراً ما يشترط فى الأسهم والسندات أنها لا تقبل التجزئة ، فإذا مات صاحبها عن عدة ورثة لم ينقسم الحق عليهم ، ويجوز للشركة أن توفى أياً من الورثة كل الأرباح وكل الفوائد (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢) .

نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى ، كما رأينا ، صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين » .

فاذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، وجب على المدين أن يفى له بالدين كله ، ويجوز لهذا الدائن إجبار المدين على ذلك . ومتى استوفى الدائن الدين ، فان ذمة المدين تبرأ منه بالنسبة إلى الدائن الذى استوفى الدين وبالنسبة إلى سائر الدائنين . ذلك أن التضامن ، كما قدمنا ، يجعل لكل دائن صفة فى استيفاء الدين كله ، بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره من الدائنين المتضامنين . والمخالصة التى يعطيها من استوفى الدين من الدائنين تنفذ فى حقهم جميعاً ، ولو لم تكن ثابتة التاريخ .

وللدائنين المتضامنين أن يطالبوا مجتمعين المدين بالوفاء ؛ وفى هذه الحالة يتعين على المدين أن يوفى كلا منهم نصيبه فى الدين .

وعندما يطالب الدائن المتضامن المدين بكل الدين ، يجب عليه ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى ، أن يراعى ما يلحق رابطته بالمدين من وصف يعدل من أثر الدين . فاذا كانت هذه الرابطة معلقة على شرط واقف أو مقترنة بأجل ، وجب على الدائن ألا يطالب المدين إلا عند تحقق الشرط وإلا عند حلول الأجل . وقد تكون رابطة أحد الدائنين معلقة على شرط ، ورابطة مدين ثان مقترنة بأجل ، ورابطة مدين ثالث منجزة ، فالأول لا يطالب بالدين إلا عند تحقق الشرط ، والثانى لا يطالب به إلا عند حلول الأجل ، وللثالث أن يطالب به فوراً (١) .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد تلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذى تتسم به رابطة البعض الآخر ، كأن يكون الدين معلقاً على شرط بالنسبة لفريق منهم ، ومضافاً إلى أجل بالنسبة للباقين . وفى هذه الحالة يتعين على كل منهم أن يعتد بالوصف اللاصق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء . وقد يطرأ هذا الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضى بعض الدائنين مثلا أن يولى المدين أجلا للوفاء بالدين ، وفى هذه الحالة لا يجوز أن يحتج على الدائنين الآخرين بهذا الأجل ، ما لم يتضح نقيض ذلك من مشارطة ترتيب الالتزام أو من طبيعة التعامل أو من نص فى القانون : انظر م ١٩ من التقنين اللبنانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

١٣٦ — أوجه الرفع التي يحتج بها على الدائن المطالب : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً » . فاذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، كان للمدين أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، وليس له أن يدفع المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بغير الدائن المطالب من الدائنين .

أما أوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب ، فمثلها أن تكون الرابطة التى تربط المدين بهذا الدائن مشوبة بعيب فى رضاء المدين لغلط أو تدليس أو إكراه ، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، أو تكون قد انقضت لمقاصة وقعت بين المدين وهذا الدائن أو تجديد أو إبراء أو تقادم أو نحو ذلك ، وهذه جميعاً يحتج بها المدين على الدائن ، وسنرى تفصيلها فيما يلى .

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، فمثلها أن يكون العقد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلا فى الأصل أو قابلا للإبطال لنقص فى أهلية المدين أو لعيب فى رضاه من شأنه أن يحتج به على جميع الدائنين ، أو أن يكون العقد قابلا للفسخ بالنسبة إلى هؤلاء جميعاً ، أو أن يكون المدين قد وفى الدين جميعه لدائن آخر غير الدائن المطالب فبرئت ذمته نحو الجميع على الوجه الذى قدمناه . فهذه الأوجه كلها يحتج بها المدين ، ويدفع بها مطالبة الدائن .

ولا يحتج المدين بأوجه الدفع الخاصة بدائن غير الدائن المطالب ، كما سبق القول . مثل ذلك تدليس أو إكراه صدر من دائن آخر ، أو سبب للفسخ قائم فى جانب دائن آخر ، أو مقاصة أو إبراء أو تجديد أو تقادم وقع بالنسبة إلى دائن آخر إلا فيما يتعلق بحصة هذا الدائن(١).

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما فيما يتعلق بالوفاء ، فلكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يستأدى المدين كل الدين . ولهم ، مجتمعين أو منفردين ، =

§ ٢ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٣٧ — المبدأ العام (تذكرة) : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ مدنى تنص على أنه « إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله » . وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أنه إذا كان كل دائن متضامن وكيلا عن سائر الدائنين فى استيفاء الدين إذ أن هذا الاستيفاء فى مصلحتهم جميعاً فيرجعون على الدائن كل بحصته فى الدين ، فانه بالنسبة إلى أسباب الانقضاء الأخرى لا يعتبر الدائن المتضامن وكيلا عن سائر الدائنين ، بل يكون أصيلا عن نفسه فحسب . فاذا انقضى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء غير الوفاء . وقام هذا السبب بأحد الدائنين المتضامنين . برئت ذمة المدين بالنسبة الى سائر الدائنين من حصة هذا الدائن وحده . وبقيت مشغولة بباقى الدين . وذلك لأن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء لاتفيد سائر الدائنين كالوفاء ، فلا يجوز أن يضاروا بها (١) .

ونستعرض الآن أسباب الانقضاء المختلفة لنطبق فى شأنها هذا المبدأ . وقد طبقه التقنين المدنى الجديد تطبيقاً تشريعياً فى التضامن بين المدينين لكثرة وقوعه ، واقتصر فى التضامن بين الدائنين على إيراد المبدأ لندرة هذا التضامن

= مطالبة المدين بالوفاء أمام القضاء . ولا يجوز له إذا عمد أحدهم إلى مطالبته على هذا الوجه أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن أو بالأوجه المشتركة بين الدائنين جميعاً . أما أوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين . كالغش أو الإكراه الصادر منه . فيمتنع عليه الاحتجاج بها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

(١) فالوفاء يجعل فى حيازة الدائن مبلغ الدين ، ومن ثم يستطيع الدائنون الآخرون أن يرجعوا عليه لاستيفاء حقوقهم ، ويأمنون بذلك إلى حد كبير خطر إعساره إذا هم لم يتهاونوا فى رجوعهم عليه . أما أسباب الانقضاء الأخرى فبعضها لا يجعل فى حيازة الدائن مبلغ الدين إلا حكماً كما فى التجديد واتحاد الذمة والمقاصة ، وبعضها لا يجعل فى حيازة الدائن أى شيء على الإطلاق كما فى الإبراء والتقادم (انظر فى هذا المعنى لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ ص ٢٧٤ وقارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٥) .

فى العمل كما قدمنا(١) .

١٣٨ — التجديد : فاذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين مع المدين ، إما بتغيير محل الدين أو مصدره أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فان التجديد يقضى حصة الدائن فى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بقدر حصة هذا الدائن(٢). فاذا مارجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، فان المدين يكون قد دفع كل الدين أولا عن طريق التجديد ثم دفعه مرة أخرى منقوصاً منه حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ، فيرجع على هذا الدائن بما دفعه فى المرة الأخرى فان هذا هو القدر الذى دفعه زائداً على ما فى ذمته .

وهذا الحكم يختلف قليلا عن الحكم المقابل له فى التضامن السلبى ، حيث تنص المادة ٢٨٦ مدنى على أنه « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم »(٣) . وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لعل تعيين صلة الدائنين المتضامنين بالمدين أسبق ما يعرض من المسائل بصدد التضامن الإيجابى . وقد عنيت المادتان ٤٠٤ و ٤٠٥ ببيان حكم هذه الصلة بصدد الوفاء فحسب باعتباره أهم سبب من أسباب انقضاء الالتزامات . أما ما عداه من الأسباب ، أو ما عدا ذلك من آثار هذا التضامن فى صلة الدائنين بالمدين بعبارة أعم ، فسيشار عند تفصيل الأحكام الخاصة بالتضامن السلبى ، وهو أوفر حظاً من الأهمية فى نطاق العمل ، إلى تطبيقات تلك الأحكام فى نطاق التضامن الإيجابى . ومع ذلك فن المستطاع بادىء ذى بدء تقرير قاعدة عامة أفرغت فى المادة ٤٠٦ من المشروع فى العبارة الآتية : إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله ،ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الأضرار بالدائنين الآخرين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ — ص ٥٨) .

(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٧٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٨ — لارومبيير ٣ م ١١٩٨ فقرة ١٣ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٨٣ — لوران ١٧ فقرة ٢٦٩ — هيك ٧ فقرة ٣٠٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ .

(٣) ويتفق حكم تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى التضامن الايجابى مع حكمه فى التضامن =

١٣٩ — المقاصة : وإذا وقعت مقاصة ما بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين ، فان هذه المقاصة لا تقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقعت معه المقاصة . فلا يجوز إذن للمدين أن يتمسك قبل الدائنين بالمقاصة التى وقعت مع واحد منهم إلا بقدر حصة هذا الدائن(١) ، ثم يرجع المدين على الدائن الذى وقعت معه المقاصة بما دفعه للدائنين الآخرين زائداً عما فى ذمته . وهذا هو أيضاً حكم المقاصة فى التضامن السلبى (انظر م ٢٨٧ مدنى) .

١٤٠ — اتحاد الذمة : وإذا اتحدت ذمة أحد الدائنين المتضامنين بذمة المدين ، بأن ورث المدين أحد هؤلاء الدائنين ، فان اتحاد الذمة لا يقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع معه

= السلبى من حيث التجديد ، فالتجديد كقاعدة عامة مبرىء لذمة الجميع فى الحالتين كالوفاء . وتنص المادة ١٣/١ من هذا التقنين على « أن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء العوض أو بإيداع الشيء المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التعاقد تجاه أحد الدائنين » . ثم تنص المادة ٣١ من نفس التقنين على « أن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرىء ذمة الآخرين ، إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد . أما إذا اشترط الدائن قبول المديونين وامتنع هؤلاء ، فالموجب السابق لا يسقط » .

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ . ولكن انظر عكس ذلك : دايرنتون ١١ فقرة ١٧٨ — لارومبيير ٣ م ١١٩٨ فقرة ٨ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٢ — هيك ٧ فقرة ٣٠٥ . وانظر أيضاً عكس ذلك المادة ١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

ولا مجال فى مصر لهذا الخلاف فى الرأى لأن نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ مدنى صريح فى تقرير الحكم (مع ذلك انظر العكس : الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢١٩) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتسرى القاعدة نفسها على التضامن الايجابى ، فليس للمدين أن يحتج على الدائنين المتضامنين بالمقاصة التى تقع بينه وبين دائن آخر إلا بقدر حصة هذا الدائن : المادة ١٥٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس لمن انقضى دينه من الدائنين المتضامنين بطريق المقاصة أن يرجع على المدين ، وللدائنين الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بقدر حصته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

هذا ويحتج المدين بالمقاصة فى حدود حصة من وقعت معه حتى لو كانت المقاصة جزئية ، ولا يعترض على ذلك بعدم جواز الوفاء الجزئى ، فإن الوفاء الجزئى جائز فى المقاصة (ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٦) .

اتحاد الذمة ، فلا يتمسك المدين باتحاد الذمة إلا بقدر حصة هذا الدائن(١) .

وهذا هو أيضاً حكم اتحاد الذمة فى التضامن السلبي (انظرم ٢٨٨ مدنى(٢)) .

١٤١ — الابراء : وإذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين ، لم تبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى صدر منه الإبراء . ويرجع أى دائن آخر على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل نصيب هذا الدائن . وهذا هو أيضاً حكم الإبراء فى التضامن السلبى (انظر المادة ١/٢٨٩ مدنى(٣)) .

---

(١) ومن ثم يجبر على دفع الباقى من الدين لأى دائن آخر ، وتبقى التأمينات الأصلية التى كانت تضمن الدين كله ضامنة للباقى منه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٣ ص ٢٨٣) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وكذلك يكون الحكم فى حالة التضامن الإيجابى ، فلا يترتب على اتحاد الذمة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين انقضاء الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن : انظر المادة ٥/١٤ من التقنين اللبنانى والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٢/٤٢٩ من التقنين الألمانى . فإذا خلف الدائن المدين ، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه . إما بوصفه دائناً قد استوفى الدين من طريق اتحاد الذمة ، وفى هذه الصورة لا يكون لمن يستعمل حق الرجوع إلا المطالبة بحصته ، وإما بوصفه وارثا للمدين ، وفى هذه الصورة يكون لمن يستعمل حق الرجوع أن يطالب بجملة الدين بعد استنزال حصة الدائن الذى خلف المدين . وإن خلف المدين الدائن ، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه بجملة الدين بعد استنزال حصة هذا الدائن . ويراعى أن الصورة الأولى يمتنع تحققها فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فإذا توفى المدين وورثه دائن من الدائنين المتضامنين فيظل لهذا الدائن حقه فى الرجوع بجملة الدين على التركة شأنه فى ذلك شأن أى دائن آخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا يجوز أن يحتج فى التضامن الإيجابى بالإبراء الصادر من أحد الدائنين المتضامنين على الباقين ، فلكل من هؤلاء أن يرجع على المدين بجملة الدين بعد استنزال حصة من صدر الإبراء منه : انظر المادة ١/١٤ من التقنين اللبنانى والمادة ١٥٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٢/١١٨٨ من التقنين الفرنسى والمادة ٣/٤٢٩ من التقنين الألمانى والمادة ٢٠ من التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠) .

١٤٢ — التقادم : وإذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ولم يتقادم بالنسبة إلى الآخرين — بأن كان الآخرون مثلا قد علق حقهم على شرط واقف أو أضيف إلى أجل ، فلم يسر التقادم بالنسبة إليهم إلا بعد سريانه بالنسبة إلى الدائن الأول ذى الحق المنجز ، فانقضى حق هذا بالتقادم دون أن تنقضى حقوق أولئك — فان المدين لا يحتج على سائر الدائنين الذين لم ينقض حقهم بالتقادم إلا بقدر حصة الدائن الذى قضى التقادم حقه(١) . وهذا هو أيضاً حكم التقادم فى التضامن السلبى (انظر المادة ١/٢٩٢ مدنى(٢)) .

= وتضيف المذكرة الإيضاحية، فى شأن جواز الإبراء من التضامن الإيجابى على غرار الإبراء من التضامن السلبى ، ما يأتى : « ومن الميسور أن يتصور الإبراء من التضامن بصدد التضامن الإيجابى أيضاً ، فإذا ارتضى أحد الدائنين المتضامنين أن يستوفى نصيبه من الدين ، برئت ذمة المدين بقدر هذه الحصة بالنسبة للدائنين الآخرين : المادة ٢/١٣ من التقنين اللبنانى . ويجوز أيضاً أن يصدر الإبراء من التضامن من أحد الدائنين المتضامنين دون أن يستوفى حصته من الدين فعلا ، وفى هذه الحالة يكون لسائر الدائنين الذين لم يرتضوا هذا الإبراء حق الرجوع على المدين بكل الدين . فلو فرض أن دائنين أربعة تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ١٢٠٠ جنيه ، وأبرأ أحدهم المدين من الدين ، فلكل من الثلاثة الباقين أن يرجع على المدين بمبلغ ٩٠٠ جنيه . فإذا أعسر هذا المدين إعساراً جزئياً ، ولم يستطع إلا أداء ٦٠٠ جنيه ، وجب أن يتحمل جميع الدائنين ، حتى من صدر الإبراء منه ، تبعة الخسارة الناشئة من هذا الإعسار وقدرها ٣٠٠ جنيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠ — ص ٨١) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٤ ص ٣٠٢ — انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٢١ — ص ٢٢٢ — ص ٢٢٢ هامش رقم ١)

(٢) هذا ويبقى من أسباب انقضاء الالتزام الوفاء بمقابل واستحالة الوفاء . فنى الوفاء بمقابل ، إذا وفى المدين أحد الدائنين المتضامنين الدين بمقابل ، لم يجز له أن يتمسك بذلك ضد الدائنين المتضامنين الآخرين إلا بمقدار حصة الدائن الذى وفاه المقابل ، وذلك قياساً على سائر أسباب الانقضاء غير الوفاء، ولأن الدائنين الآخرين لا يتقيدون بمقابل الوفاء إلا إذا قبلوه وهم لم يفعلوا (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٠) . أما استحالة الوفاء ، إذا وقعت على محل الدين وكانت بسبب أجنبى ، فإنها تقضى الدين بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . فإذا كانت الاستحالة بخطأ المدين ، كان مسئولا عن التعويض لجميع الدائنين بالتضامن فيما بينهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٣ ص ٢٦٢ هامش رقم ١) .

§ ٣ — أعمال الدائن التى من شأنها نفع سائر الدائنين أو الاضرار بهم

١٤٣ — المبدأ العام (تذكرة) : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ مدنى تنص على ما يأتى : « ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين » . وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أن وكالة كل دائن متضامن عن سائر الدائنين المتضامنين إنما تقوم فى كل عمل من شأنه أن ينفعهم ، وهى لا تقوم فى أى عمل من شأنه أن يضر بهم . وهذا جد معقول ، فان الدائنين المتضامنين إذا وكل كل منهم الآخر فانما يوكله فيما ينفعه لا فيما يضره . والمبدأ ذاته متبع أيضاً فى التضامن السلبى كما سنرى .

ونطبقه الآن — كما طبقه المشرع فى صدد التضامن السلبى — على نوعين من الأعمال : (١) أعمال من شأنها نفع الدائنين الآخرين فيسرى أثرها فى حقهم ، ونستعرض منها قطع التقادم ووقفه وإعذار المدين ومطالبته مطالبة قضائية والصلح معه صلحاً يفيد الدائنين و إقراره بالدين والحكم الذى يصدر لصالح أحد الدائنين . (٢) وأعمال من شأنها الأضرار بالدائنين الآخرين فلا يسرى أثرها فى حقهم ، ونستعرض منها إعذار الدائن والخطأ الذى يصدر منه والصلح مع المدين صلحاً يضر الدائنين ونكول الدائن عن اليمين وتوجيه اليمين للمدين والحكم الذى يصدر لصالح المدين .

١٤٤ — الأعمال النافعة : إذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم ينقطع لصالح سائر الدائنين المتضامنين ، لأن الدائن الذى قطع التقادم يعتبر وكيلا عنهم فى هـذا العمل الذى يفيدهم جميعاً(١). وعكس ذلك هو حكم قطع التقادم فى التضامن السلبى ، إذا قطع الدائن التقادم ضد أحـد المدينين

---

(١) وإذا انقسم الدين على ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، فإن قطع أحد الورثة للتقادم لا يفيد بقية الورثة لأنه غير متضامن معهم بل إن الدين قد انقسم عليهم ، ولكنه يفيد بقية الدائنين المتضامنين فى حدود نصيب الوارث الذى قطع التقادم لأنه متضامن مع هؤلاء الدائنين ، وقد سبق ذكر ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٣٤ فى الهامش — وانظر ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ — لاروميير ٣ م ١١٩٩ فقرة ٤ — لوران ١٧ فقرة ٢٦٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ — ص ٦٠٣ وص ٦٠٣ هامش رقم ١) .

المتضامنين ، فان قطع التقادم ضده لايضر بالمدينين الآخرين (انظر المادة ٢/٢٩٢ مدنى) . وإذا كان سريان التقادم موقوفاً بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ، بأن كان مثلا ناقص الأهلية وليس له ولى ، فانه لايوقف بالنسبة إلى باقى الدائنين ممن لايقوم بهم سبب لوقف التقادم(١).

وإذا أعذر أحد الدائنين المتضامنين المدين ، اعتبر المدين معذراً لصالح سائر الدائنين المتضامنين ، لأن الإعذار عمل يفيدهم جميعاً . وكذلك إذا طالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالفوائد ، فان الفوائد تسرى أيضاً لصالح سائر الدائنين . والحكم عكس ذلك فى التضامن السلبى ، فان ما يعتبر مفيداً للدائن يكون ضاراً بالمدين (انظر المادة ٢/٢٩٣ مدنى) .

وإذا صالح أحد الدائنين المتضامنين المدين ، وتضمن الصلح إقرار المدين بالدين أو رتب فى ذمته التزاماً أو زاد فى التزامه : فان هذا الصلح يفيد منه باقى الدائنين(٢). (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى) .

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين المتضامنين بالدين ، أفاد سائر الدائنين من هذا الإقرار ، بخلاف ما إذا أقر أحد الدائنين للمدين فان هذا الإقرار لايسرى فى حق الباقين (انظر فى التضامن السلبى المادة ١/٢٩٥ مدنى) .

وإذا صدر حكم على المدين لصالح أحد الدائنين المتضامنين ، جاز للدائنين المتضامنين الباقين أن يتمسكوا بهذا الحكم لصالحهم ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالدائن الذى صدر الحكم لصالحه (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٦ مدنى)(٣).

---

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٩ — لوران ١٧ فقرة ٢٦٤ — هيك ٦ فقرة ٣٠٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ عكس — ذلك: ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ — لاروميير ٣ م ١١٩٩ فقرة ٣ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٧١ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ، أفاد من هذا الصلح باقى الدائنين ، متى كان صلحه هذا يتضمن إقراراً بالحق أو بالدين . أما إذا كان ينطوى عن إبراء من الدين أو يسىء إلى مركزهم ، فلا ينفذ فى حقهم ما لم يرتضوا ذلك : انظر المادتين ١٨ و١٩ من التقنين اللبنانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتسرى القاعدة أيضاً على التضامن الإيجابى : فإذا حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين على المدين ، أفاد من =

١٤٥ — الأعمال الضارة : أما إذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين ، فان هذا الإعذار لا يسرى فى حق الباقين ، لأن هذا عمل من شأنه الأضرار بهم وهم لم يوكلوا الدائن المعذر فى عمل يضرهم (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٣ مدنى) .

و إذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ استوجب مسئوليته قبل المدين ، فان هذا الخطأ لايتعدى أثره إلى سائر الدائنين المتضامنين ولا يكونون مسئولين عنه ، ولا يكون أى دائن متضامن مسئولا إلا عن فعله (انظر فى التضامن السلبى المادة ١/٢٩٣ مدنى) .

و إذا صالح أحد المتضامنين المدين وكان الصلح ينطوى على نزول من الدائن عن بعض حقه ، فان هذا الصلح لا يسرى فى حق الدائنين المتضامنين الآخرين ، ولا يعد هؤلاء نازلين عن بعض حقهم إلا إذا قبلوا هذا الصلح (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى)(١).

وفى توجيه اليمين ، إما أن يوجه المدين اليمين لأحد الدائنين المتضامنين أو يوجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين للمدين . ففى الحالة الأولى ، إذا حلف الدائن المتضامن أفاد من حلفه الباقون ، و إذا نكل لم يضار الباقون بنكوله . وفى الحالة الثانية ، إذا حلف المدين لم يضار الدائنون الآخرون بحلفه ، و إذا نكل أفاد من نكوله الدائنون الآخرون (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢/٢٥٩و٣ مدنى) .

= هذا الحكم باقى الدائنين ، أما إذا قضى لصالح المدين فلا يضار الباقون بهذا الحكم . وإذا ألغى الحكم الصادر لصالح أحد الدائنين ، زال أثره بالنسبة لباقى الدائنين ، ولكن إذا كان جميع الدائنين قد اختصموا فى الدعوى ثم قضى بإلغاء الحكم بالنسبة لأحدهم فلا يضار بذلك الباقون . ولا يترتب على إعلان الحكم لأحدهم سريان المواعيد المقررة للطعن فى الأحكام بالنسبة للباقين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤) .

هذا وإذا ارتكب المدين خطأ يستوجب مسئوليته ، فإنه يكون مسئولا قبل جميع الدائنين المتضامنين .

(١) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ (آنفاً فقرة ١٤٤ فى الهامش) .

وإذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامنين لصالح المدين ، فان هذا الحكم لا يحتج به ضد سائر الدائنين المتضامنين (انظر فى التضامن السلبى المادة ١/٢٩٦ مدنى)(١) .

وهكذا يضطرد المبدأ الذى قدمناه : ما كان من عمل يفيد سائر الدائنين فانهم يفيدون منه ، وما كان من عمل يضرهم فانهم لا يضارون به .

المطلب الثانى

علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

١٤٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٨٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه » .

« ٢ — وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك »(٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦١/١٠٧(٣) .

---

(١) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٩٤ (آنفا فقرة ١٤٤ فى الهامش) . وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٧١ . وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى لاروميير ٣م ١١٩٨ فقرة ١٥ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٩ ، ولكن يسلم الفقهاء الفرنسيون بأن الحكم الصادر ضد الدائن لسبب خاص به ، كنكوله عن اليمين أو إقراره أو توجيه اليمين للمدين فيحلفها ، لا يسرى فى حق الدائنين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٠ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبحت المادة رقمها ٢٩٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٠ — ص ٦٢) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ١٦١/١٠٧ (ونعيد ذكرها) : إذا تضمن التعهد التفويض=

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٨٣ ، وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٢٧٠ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣١٩ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٠ — ٢٢(١) .

١٤٧ — انقسام الدين فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض : إذا كان الدين لا ينقسم فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، بل يجوز لأى دائن استيفاء كل الدين من المدين ويجوز للمدين دفع الدين كله لأى دائن ، فان الدين فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينقسم . وما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ، منقسما بينهم لكل منهم حصته (م ٢٨٣/١ مدنى) .

= من كل من المتعهد لهم للباق فى استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقى فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل .

(ومادامت قواعد الوكالة هى التى تطبق ، فهى تسرى أيضاً فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، ويعتبر من استوفى الدين من الدائنين وكيلا عن كل من الآخرين فى قبض نصيبه ، فعليه أن يسلمه إياه . وهذا هو نفس الحكم الذى قرره التقنين المدنى الجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢٨٣ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٧٠ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣١٩ (متفقة فى الحكم مع المادة ٢٨٣ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٠ : ما يأخذه كل واحد من الدائنين المتضامنين ، سواء أكان بالاستيفاء أم بالصلح ، يصبح مشتركاً بينه وبين الدائنين الآخرين ، فيشتركون فيه على نسبة حصصهم . وإذا حصل أحد الدائنين على كفالة أو حوالة لحصته ، فيحق للدائنين الآخرين الاشتراك فيما يوفيه الوكيل أو المحال عليه ، هذا كله ما لم يستنتج العكس من العقد أو القانون أو ماهية القضية .

م ٢١ : بعد الايفاء يقسم مجموع الدين حصصا متساوية إذا لم يشترط العكس .

م ٢٢ : إن الدائن المتضامن الذى لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يسند إلى خطأه هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم .

(والأحكام واحدة فى التقنينين اللبنانى والمصرى ، سواء من حيث المبدأ أو من حيث التفصيلات التى أوردها التقنين اللبنانى ويمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة فى مصر دون حاجة إلى نص) .

وهذه القاعدة تسرى أياكانت طريقة الدائن فى استيفاء الدين . فيجوز أن يستوفيه رأساً من المدين ، كما يجوز أن يستوفيه من كفيل للمدين ، أو من محال عليه إذا حول المدين الدائن بحق للمدين على الغير وهذه هى حوالة الحق ، أو حوله بالدين على مدين آخر وهذه هى حوالة الدين(١) .

وتسرى القاعدة أيضاً أياً كان المقدار الذى استوفاه الدائن : كل الدين أو بعضه . فاذا كان قد استوفى بعض الدين ، جاز لكل دائن آخر أن يرجع عليه رجوعاً جزئياً بقدر حصته فى هذا البعض . أما إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يفى له بحصته وحده فى الدين ، فقد قدمنا أن هذا الاتفاق يصح ، وتبرأ ذمة المدين بقدر هذه الحصة ، ويكون لأى دائن آخر أن يطالب المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى استوفى حصته(٢)، وإن كان هناك رأى يذهب إلى أن الدائنين الآخرين لهم حق فى هذه الحالة الرجوع على المدين الذى قبض حصته كل بنسبة حصته فى الدين(٣) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك(٤) .

---

(١) انظر المادة ٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى . أما الاستيفاء بطريق الصلح الذى يشير إليه التقنين اللبنانى فيجب فيه التمييز بين ما إذا كان الصلح سارياً فى حق سائر الدائنين طبقاً للقواعد التى قدمناها فيكون للدائنين أن يرجعوا بحصصهم فى مقابل الصلح على الدائن الذى وقع منه الصلح ، وبين ما إذا كان الصلح غير سار فى حق سائر الدائنين فيكون لأى دائن منهم الرجوع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى وقع منه الصلح .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ .

(٣) لارومبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ٢٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ — فقرة ١٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦ وفقرة ١١٦٦ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ فى الهامش — هذا وتنص المادة ٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على « أن الدائن المتضامن الذى لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يسند إلى خطأه هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم » . وهذا الحكم هو مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به فى مصر دون نص . ومن ثم إذا ارتكب الدائن الذى استوفى الدين خطأ ، كان مسئولا عنه — مسئولية الوكيل أو مسئولية الفضولى — قبل الدائنين الآخرين . فاذا كان الدين مثلا عيناً قبضها من المدين ثم هلكت بخطأه ، كان مسئولا عن تعويض كل دائن آخر بقدر حصته فى العين المقبوضة .

١٤٨ – الأساس القانونى لرجوع كل دائن بحصته : ويجب أن نلتمس الأساس القانونى لرجوع كل دائن بحصته فى العلاقة التى قام التضامن على أساسها بين الدائنين المتضامنين . فهم ولا شك شركاء فى مصلحة راحدة . فقد يكونون ملاكاً على الشيوع لدار باعوها معاً متضامنين فى استيفاء الثمن من المشترى . فعقد البيع الذى أنشأ الالتزام بالثمن وأنشأ فى الوقت ذاته علاقة التضامن ما بين البائعين يمكن أن تستخلص منه ، فى هذه الحالة ، وكالة ضمنية صادرة من كل بائع للبائعين الآخرين فى استيفاء الثمن نيابة عنه وبتوكيله . فاذا أمكن استخلاص ذلك – وهو ممكن فى أكثر الأحوال – كان أساس الرجوع هو عقد الوكالة الضمنى المستخلص من رابطة التضامن(١) .

وإذا لم يمكن استخلاص وكالة ضمنية ، فان قبض أحد الدائنين لجميع الدين إنما يكون أصالة فى حصته ، وفضالة فى حصص سائر الدائنين . فيرجع هؤلاء على الدائن الذى استوفى الدين ، كل بقدر حصته ، على مقتضى قواعد الفضالة .

وسنرى فى التضامن السلبى أن المدين المتضامن ، إذا وفى كل الدين ، رجع على المدينين المتضامنين كل بقدرحصته ، إما بدعوى شخصية تقوم على الوكالة أو الفضالة كما فى التضامن الإيجابى ، وإما بدعوى الحلول فيحل المدين الذى وفى الدين محل الدائن فى الدين الذى وفاه . ولا تتصور دعوى الحلول فى التضامن الإيجابى، فان هذه الدعوى لا تكون إلا لمدين دفع الدين ويريدالرجوع على المدينين الآخرين فيحل محل الدائن فى هذا الرجوع ، ولا شيء من ذلك فيما نحن فيه .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى بيان الأساس الذى يقوم عليه حق الرجوع ما يأتى : « وليس يبقى بعد ذلك سوى بيان الأساس الفقهى الذى يقوم عليه رجوع الدائنين المتضامنين فيما بينهم . وغنى عن البيان أن دعوى الحلول ، لا يتصور أن تتخذ أساساً فى هذا الشأن . فالأمر سينحصر إذن فى

---

(١) وعلى هذا الأساس كان التقنين المدنى السابق (م ١٠٧/١٦١) ، كما رأينا ، يبنى التضامن .

الدعوى الشخصية . وهى تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة ، قد يكون مصدرها وكالة أو فضالة » (١) .

١٤٩ — كيف تتعين حصة كل دائن متضامن : يغلب أن يكون هناك اتفاق سابق بين الدائنين المتضامنين يعين لكل دائن حصته فى الدين . وقد يتولى القانون هذا التعيين إذا لم يكن هناك اتفاق . فاذا أغفل البائعون فى الشيوع مثلا تعيين نصيب كل منهم فى الثمن ، فان القواعد القانونية تقضى بأن الثمن ينقسم بينهم كل بنسبة حصته فى الدار الشائعة المبيعة .

بل إن القواعد القانونية قد تقضى بأن يكون أحد الدائنين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . وذلك إذا كان الدائنون الآخرون ليسو إلا وكلاء سخرهم للعمل بالنيابة عنه ، وجعلهم دائنين متضامنين معه . فى مثل هذه الحالة إذا كان الذى استوفى الدين من المدين هو الدائن صاحب المصلحة فيه ، فليس لأحد من الآخرين حق الرجوع عليه بشىء . أما إذا كان الذى استوفى الدين هو دائن آخر ، فان صاحب المصلحة فى الدين يرجع عليه بكل ماقبض ، لأنه هو وحده صاحب الدين (٢) .

فاذا لم يوجد اتفاق بين الدائنين أو نص فى القانون ، لم يبق إلا اعتبار الدائنين المتضامنين متساوين جميعاً فى حصصهم ، وقسم الدين بينهم بحسب الرؤوس (parts viriles) ، وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ مدنى (٣) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ .

(٢) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة فى صلة الدائنين بالمدين ، ولكنه على نقيض ذلك ينقسم فى صلة الدائنين بعضهم ببعض . ويتفرع على ذلك أن كل ما يستوفى أحد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعاً ، ويتحاصون فيه بنسبة أنصبائهم ، وفقاً لما اتفقوا عليه صراحة أوضمناً . فإذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة فى الدين وحده ، وكان الباقون مجرد وكلاء سخروا فى الواقع من الأمر ، استقل هذا الدائن وحده بالدين بأسره إن كان قد استوفاه ، وله أن يرجع به كله على من يستأديه من سائر الدائنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٠ — ص ٦١) .

(٣) والأصل أن الحصص تكون متساوية ، ما لم يثبت أن هناك اتفاقاً أو نصاً يقضى بغير ذلك ، ومن يدعى من الدائنين عدم التساوى هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك وفقاً للقواعد العامة =

« فلو فرض – كما تقول فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى – أن أحد دائنين ثلاثة استوفى كل الدين ، وكان مقداره ٣٠٠ جنيه ، تعين انقسام المبلغ بينهم بالتساوى ، فيكون لكل من الدائنين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمبلغ مائة جنيه . ولو فرض أن هذا الدائن أعسر إعساراً جزئياً لا يتاح معه إلا أداء نصف ديونه ، تحمل الدائنان الآخران تبعة هذا الإعسار كل بنسبة نصف نصيبه (فيحصل كل منهما على خمسين جنيهاً بدلا من مائة ، ولا يتحمل المدين تبعة إعسار الدائن وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إليه) . وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين المتضامنين إلا استيفاء نصف الدين أى مبلغ ١٥٠ جنيه ، فلا يكون لكل من الدائنين الآخرين فى هذه الحالة أن يستوفى إلا مبلغ خمسين جنيها ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائنون الثلاثة تبعة هذا الإعسار كل بنسبة النصف من نصيبه» (١) .

المبحث الثالث

صورة خاصة من التضامن بين الدائنين

(الدين المشترك)

١٥٠ — الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين يعرفها الفقه الإسلامى والتقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى وسائر التقنينات المدنية العربية : هنالك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين لا تصل إلى المدى الذى رسمناه فيما تقدم ، بل تقصر عنه فى بعض النواحى ، وهذه الصورة الخاصة هى ما يعرفه الفقه الإسلامى تحت اسم « الدين

= فى الإثبات ، فلا يجوز إثبات الاتفاق إذا كانت قيمة الحصة تزيد على عشرة جنيهات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٥ ص ٢٨٥) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ — وانظر فى بعض التشريعات الأجنبية فى التضامن من ما بين الدائنين بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٧ — فقرة ١١٦٩ .

المشترك (١) » . وقد نقلها عن الفقه الإسلامى — وعن المجلة بنوع خاص — التقنين المدنى العراقى . ولم ينقلها التقنين المدنى المصرى ولا التقنينات المدنية العربية الأخرى . ومن ثم يكون هذا البحث مقصوراً ، من ناحية التطبيق ، على التقنين المدنى العراقى دون غيره من التقنينات المدنية العربية .

ونبحث الدين المشترك كما بحثنا التضامن بين الدائنين ، فنستعرض : (أولا) مصدر الدين المشترك (ثانيا) الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين .

---

(١) يعرف الفقه الإسلامى ، إلى جانب نظام الدين المشترك ، نظام التضامن سواء بين الدائنين أو بين المدينين .

فالتضامن بين الدائنين يقوم فى شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة أموال أو شركة أعمال أو شركة وجوه ، متى كان الدين ناشئاً عن أعمال التجارة . فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالثمن إذا باع أحدهم مالا للشركة ، ويعتبرون كذلك دائنين متضامنين بالتعويض إذا اغتصب شخص مالا للشركة . كذلك يقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان إذا كانت شركة أعمال . فالشركاء دائنون متضامنون بالأجر المستحق . وأثر التضامن بين الدائنين يجعل لكل دائن أن يطالب المدين بكل الدين ، وإذا وفى المدين أحد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع . ويرجع الدائنون على شريكهم الذى قبض الدين ، كل منهم بحصته ، وحصصهم دائماً متساوية فى شركة المفاوضة . والتضامن بين الدائنين فى شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة ، فكل شريك وكيل عن الآخر فى القبض والتقاضى وفى جميع حقوق العقد . ويقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان على تضامنهم كدينين ، فالشركاء مدينون متضامنون فى التزامهم بالعمل فيكونون دائنين متضامنين فى حقهم فى الأجر .

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء فى شركة المفاوضة ، ولو نشأ الدين من غير أعمال التجارة ، ما دام ذا صبغة مالية . ويقوم كذلك فى شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فيكون الشركاء متضامنين فى التزامهم بالعمل كما قدمنا . وهم أيضاً مدينون متضامنون بالتعويض المستحق فى حالة هلاك الشىء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك منسوباً لخطأ أحدهم دون الآخرين . وهناك أيضاً تضامن اتفاقى بين المدينين : فاذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد وكان محله واحداً وتعدد المدينون وكفل بعضهم بعضاً كانوا جميعاً مدينين متضامنين . والتضامن بين المدينين ، سواء كان اتفاقياً أو قانونياً (فى شركتى المفاوضة والعنان) ، يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين . ومن ثم فأحكام الكفالة هى التى تسرى ، ويجوز للدائن أن يرجع على أى مدين بكل الدين بصفته أصيلا عن نفسه وكفيلا للمدينين الآخرين ، وكذلك يجوز لأى مدين أن يفى الدائن الدين كله بصفته أصيلا وكفيلا . وإذا وفى أحد المدينين الدين كله للدائن ، رجع على المدينين الآخرين ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم ، وله أن يرجع على كل منهم بحصته ، كما له أن يرجع على أى منهم بحصته وبنصيبه فى حصص الآخرين ثم يرجعان معاً بالباقى على سائر المدينين . فلو كان الدين ثلثمائة ، وكان المدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية ، ووفى أحدهم الدين كله =

المطلب الأول

مصدر الدين المشترك

١٥١ — نص فى التقنين المدنى العراقى : تنص المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى :

« ١ — يكون الدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا نشأ من سبب واحد ، وكان غير متجزىء إما لوحدة الصفقة أو لسبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين » .

« ٢ — فيعتبر ديناً مشتركاً ثمن المبيع المشترك بين اثنين أو أكثر ، وثمن الشيئين ولو كانا غير مشتركين ، ما دام البيع فى الحالتين قد صدر صفقة واحدة من غير تعيين ثمن حصة كل واحد . ويعتبر ديناً مشتركاً كذلك الدين الآيل بالإرث إلى عدة ورثة ، وقيمة المال المشترك إذا استهلك ، وبدل القرض المستقرض من مال مشترك » .

ويتبين من هذا النص أن الدين المشترك بين عدة دائنين له مصدر واحد

= للدائن ، فإنه إما أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بمائة ، وإما أن يرجع على أحدهما بمائة وهى حصته فى الدين وبخمسين وهذا هو نصيبه فى حصة المدين الثالث ثم يرجع كل منهما على المدين الثالث بخمسين . انظر فى التضامن بين الدائنين وبين المدينين فى الفقه الإسلامى الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٣٠٢ — ٣٧٨ .

ويتبين مما قدمناه أن الكفالة هى التى جعلت أساساً للتضامن السلبى فى الفقه الإسلامى ، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجديد فى الفقه الإسلامى ، فللدائن أن يطالب بالدين كله أياً شاء المدين الأصلى أو الكفيل ، فتمشت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد . أما تاريخ الكفالة فى الفقه الغربى فهو على العكس من ذلك ، إذ التضامن هو الذى وجد أولا وكان أساساً للكفالة ، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب فى النهاية حق التجديد .

ونظام المدين المشترك ، كما سنرى ، يحتل مكاناً بارزاً فى الفقه الإسلامى ، وهو أكثر بروزاً من نظام التضامن ، فقد أفاض الفقه الإسلامى فى تفصيل قواعده ، وجعله نظاماً أصيلا تقوم مبادئه مستقلة على فكرة الاشتراك .

لايتعدد . ويجب إلى جانب ذلك أن يكون هناك اشتراك فى الدين بين الدائنين ، فا لم يوجد هذا الاشتراك انقسم الدين على الدائنين المتعددين وأصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) على النحو الذى قدمناه .

والاشتراك فى الدين إما أن يرجع إلى طبيعة الأشياء بأن يكون المال الذى نشأ عنه الدين مالا مشتركاً (أى شائعاً) بين الدائنين فينشأ الاشتراك فى الدين من سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين ، وإما أن يرجع إلى اتفاق المتعاقدين إذا تعدد الدائنون واتفقوا مع المدين على أن يكون الدين مشتركاً بينهم وذلك بأن يجعلوا الصفقة واحدة .

فهناك إذن مصدران للاشتراك فى الدين : (١) سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين (٢) ووحدة الصفقة . فنتناولها متعاقبين بالبحث .

١٥٢ — سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين : فى هذه الصورة يكون هناك مال شائع بين اثنين أو أكثر ويكون هذا المال هو مصدر الدين المشترك .

ويصح فى هذه الحالة أن ينشأ الدين مشتركا منذ البداية ، ويتحقق ذلك إذا آل دين للتركة إلى ورثة متعددين . فاذا كان للتركة دين فى ذمة مدين لها ، وكان الورثة ثلاثة مثلا — زوجاً وابناً وبنتاً — فكان للزوج الربع وللابن النصف وللبنت الربع ، كان هذا الدين الذى للتركة ديناً مشتركا منذ البداية بين الورثة الثلاثة بالحصص المتقدمة الذكر(١).

وقد يكون الموجود فى البداية هو المال الشائع لا الدين المشترك ، ثم ينشأ الدين المشترك بعد ذلك عن المال الشائع . مثل ذلك أن يرث ورثة متعددون عيناً من أعيان التركة على الشيوع ويبيع الورثة العين صفقة واحدة ، فالدين بالثمن الذى نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركا بين الورثة المتعددين . وقد يكون سبب الشيوع فى العين سبباً آخر غير الميراث ويبيع الملاك فى الشيوع

---

(١) وكذا إذا أوصى المتوفى لرجلين بالدين الذى له على آخر ، فالدين أيضاً مشترك بينهما لاتحاد سببه وهو ... الوصية (شرح المجلة لسليم باز م ١٠٩٢ ص ٦١١) .

العين صفقة واحدة ، فيكون الدين بالثمن هنا أيضاً ديناً مشتركا بين البائعين المتعددين . و إذا كانت العين الشائعة بين الملاك المتعددين قد أتلفها شخص فوجب عليه التعويض لملاك العين ، فالدين بالتعويض الذى نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركا بين الملاك المتعددين . و إذا أقرض الملاك المتعددون شخصاً مالا شائعاً بينهم ، فالدين برد القرض وقد نشأ عن مال شائع يكون ديناً مشتركا بين المقرضين المتعددين(١).

ونرى من الأمثلة المتقدمة أن الدين المشترك فى الصورة التى نحن بصددها هو دين قابل للتجزئة ، ولكن طبيعة الأشياء — أى سبق الاشتراك فى المال — اقتضت أن يبقى الدين مشتركا بين الدائنين المتعددين .

---

(١) وقد ذكرنا فى بيع المال الشائع — سواء صدر البيع من الورثة أو من الملاك فى الشيوع — أن البيع يجب أن يصدر صفقة واحدة ، ولم نذكر ذلك فى دين التعويض عن إتلاف مال مشترك ولا فى التزام المقترض برد المال المشترك الذى اقترضه . ذلك أن التعويض فى حالة الإتلاف ، والمال الذى يرده المقترض فى حالة القرض ، إنما هو بديل عن المال المشترك الذى كان سبباً فى نشوء الدين ، فيتخذ صفته ويكون مالا مشتركاً مثله . أما الثمن ، فى حالة بيع المال المشترك ، فلا يتخذ صفة المال المشترك إلا إذا كان المبيع قد بيع على أنه مال مشترك أى بيع صفقة واحدة ، لاحتمال أن يبيع كل مالك على الشيوع نصيبه فى المال الشائع على حدة فتتعدد الصفقة وينقسم الثمن على البائعين فلا يكون ديناً مشتركا .

ويقول الأستاذ شفيق شحاته فى مناسبة القرض والعمل غير المشروع ما يأتى : « ويلاحظ مع ذلك أن دين المقرضين يعتبر ديناً واحداً إذا كان المبلغ المقرض من مال مشترك ولو أن عقد القرض لا يعتبر صفقة واحدة عند تعدد المقرضين ، ذلك أن الاشتراك هنا قد فرضته طبيعة الأشياء فهو نتيجة حتمية لكون المبلغ المقترض مشتركا — إن المقترض يرد مثل ما اقترض تماما ، فكان من الطبيعى أن يبقى المردود مشتركاً كما كان المأخوذ ، ولذلك لا يكون المردود مشتركاً إذا لم يكن المأخوذ كذلك ، أى لا يكون الدين واحداً إذا لم يكن القرض من مال مشترك وهذا هو كذلك حكم رجوع الدافعين بأمر المدين ، فإن دينهم يكون مشتركاً إذا دفعوا من مال مشترك ، ذلك أن الدفع هنا هو فى الواقع عبارة عن إقراض فيأخذ حكمه . وفى جميع ما تقدم نشأ الدين عن تعاقد . وقد ينشأ كذلك عن ضرر ويكون لمتعدد ، وهو يعتبر ديناً واحداً فى الحالة الأخيرة إذا كان الضرر قد لحق مالا مشتركاً بين اثنين أو وقع على نفس مورثهما المشترك . أما إذا لحق الضرر أموالا مختلفة مملوكة لجملة أشخاص ، فلا يكون الدين واحدا . وقد فسروا ذلك بصريح العبارة أن السبب وهو الجريمة لا يعتبر واحداً فى الحالة الأخيرة ، ويعتبر كذلك فى الحالة الأولى » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٩ — فقرة ٣٠٠ والنصوص الفقهية المشار إليها) .

١٥٣ — وحدة الصفقة : وقد لا يرجع الاشتراك فى الدين إلى طبيعة الأشياء ، أى إلى سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين على النحو الذى قدمناه ، بل يرجع إلى الاتفاق . مثل ذلك أن يبيع شخصان ، أحدهما يملك أرضاً زراعية والآخر يملك المواشى اللازمة لزراعة هذه الأرض ، كلا من الأرض والمواشى لمشتر واحد صفقة واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل واحد منهما(١). فهنا اتفاق ضمنى بين البائعين والمشترى على أن يكون الدين بالثمن ديناً مشتركا بين البائعين ، يدل على هذا الاتفاق أن البيع صدر صفقة واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل من البائعين . وهذا لا يمنع من قيام اتفاق بين البائعين فى علاقة أحدهما بالآخر يحدد حصة كل واحد منهما فى الثمن(٢). ومن هذا نرى أن إرادة المتعاقدين ، لا طبيعة الأشياء ، هى التى اقتضت فى هذه الصورة أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعددين .

١٥٤ — مقارنة بين الاشتراك فى الدين والتضامن بين الدائنين

من حيث المصدر : ونرى مما تقدم أن مصدر الاشتراك فى الدين إما أن يكون سبق الاشتراك فى المال وهذا وضع قانونى ، وإما أن يكون وحدة الصفقة وهذا وضع اتفاقى . أى أن مصدر الدين المشترك هو القانون أو الاتفاق . أما التضامن بين الدائنين فقد رأينا أن مصدره يكون دائما الاتفاق الصريح أو الضمنى ولا يكون القانون أبداً . ثم إن الاتفاق على التضامن غير الاتفاق على الاشتراك فى الدين ، فالدائنون إذا اتفقوا على التضامن فيما بينهم يكونون قد

---

(١) فلا يكون الدين مشتركاً إذا تعين لكل من البائعين حصة من الثمن ، أو كان الثمن المستحق لأحدهما يختلف عن الثمن المستحق للآخر فى ماهيته أو فى صفته ، وذلك على اعتبار أن الثمن فى الفقه الإسلامى قد لا يكون نقوداً (الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة فى الالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٦ والنصوص الفقهية المشار إليها) . وهذا على رأى أبى يوسف ومحمد وهو الرأى الراجح فى المذهب الحنفى : ويذهب أبو حنيفة إلى جواز أن تكون الصفقة واحدة مع تعيين حصة من الثمن لكل من البائعين .

(٢) والمراد ألا يذكر حين البيع حصة كل شريك من الثمن لا من المبيع ... وقولهم مال مشترك قيد اتفاق ، إذ لو كان لكل منهما عين على حدة ، فباعاها صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما ، كان الثمن أيضاً مشتركاً بينهما (شرح المجلة لسليم باز م ١٠٩٥ ص ٦١١) .

وثقوا علاقاتهم بعضهم ببعض أكثر مما وثقوها فيما إذا اتفقوا على الاشتراك فى الدين . وسنرى أن الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين أقل مدى من تلك التى رأيناها تترتب على التضامن بين الدائنين .

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين

١٥٥ — *المبادئ الرئيسية* : يترتب على الاشتراك فى الدين ضرب من التضامن بين الدائنين هو فى جملته أقل توثقاً من التضامن العادى الذى سبق بيانه . ويجب التمييز فى هذا الصدد بين علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين بعضهم ببعض .

(أولا) فمن حيث علاقة الدائنين بالمدين : ينقسم الدين على الدائنين ، ولا يستطيع أى دائن منهم أن يرجع على المدين إلا بحصته فى الدين ، يستوفيها بأى طريق من طرق الاستيفاء ، أى يقضيها بأى سبب من أسباب الانقضاء . وفى هذا يختلف الاشتراك فى الدين عن التضامن بين الدائنين اختلافا بينا ، فقد رأينا أن الدائن المتضامن يستطيع الرجوع على المدين بكل الدين ، بحصته وبحصص شركائه ، وهؤلاء يرجعون عليه بعد ذلك كل منهم بحصته . وبينا أن هذا هو موضع الضعف فى التضامن ، فهو ضمان للمدين أكثر منه ضمانا للدائن ، إذ المدين تبرأ ذمته بدفع الدين كله لأحد الدائنين ، فاذا ما استوفى هذا كل الدين تعرض شركاؤه لخطر إعساره عند رجوعهم عليه بحصصهم .

ويبنى على أن الدائن فى الدين المشترك لا يرجع على المدين إلا بحصته أن كثيراً من مسائل التضامن فى الحالات التى ينقضى فيها الالتزام التضامنى بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، لا تعرض فى الدين المشترك ، إذ الدائن فى هذا الدين لا يستوفى إلا حصته ، فلا محل للتساؤل عما إذا كان الدائنون الآخرون يحتج عليهم بانقضاء الدين كله أو بمقدار حصة شريكهم فحسب . ثم إن النيابة التبادلية لا محل لها فى الدين المشترك ، فالدائن فى هذا الدين لا يقبض إلا حصته ، فلا محل للقول بأنه يمثل شركاءه فى قبض

حصصهم . ونرى من ذلك أن كثيراً من الصعوبات التي تقوم في نظام التضامن لا وجود لها في نظام الدين المشترك ، وأن هذا النظام يفضل نظام التضامن من حيث علاقة الدائنين بالمدين .

(ثانيا) أما من حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فهنا تتجلى ذاتية نظام الدين المشترك . وإذا كان هذا النظام لا يخرج كثيراً على القواعد العامة في ناحية علاقة الدائنين بالمدين ، فانه في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينحرف كثيراً عن هذه القواعد وتبرز مقوماته الرئيسية . بل هو يقرب في هذه الناحية من نظام تضامن الدائنين .

فالدائن إذا قبض حصته في الدين من المدين ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته في الدين(١) . ثم يرجعون ، وهو معهم ،

(١) ويتساءل الأستاذ شفيق شحاته ، عند بحثه في الأساس القانوني لرجوع الدائنين الآخرين على الدائن الذي قبض حصته : « كيف يفسر أن القابض يقبض حصته دون غيرها من الحصص ، ويكون مع ذلك عرضة لرجوع باقي الدائنين عليه ؟ هل يقال إن القابض لم يقبض نصيبه حقيقة بل نصيباً شائعاً مملوكاً له ولشركائه ؟ لا يمكن قبول هذا التعليل ، لأن المقبوض لو كان مملوكاً للجميع لما أمكن القابض التصرف فيه كما رأينا . يضاف إلى ذلك أن القابض لا صفة له في حيازة المقبوض عن الغير ، فهو ليس بوكيل ولا بمستودع . المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة ، على أن للدائن الشريك حقاً ثابتاً في الشيء المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ، ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير فقد رأينا أنه لا يستطيع في حالة انتقال الملكية سوى المطالبة بتعويض . هذا الحق هو إذن حق شبه عيني ، فصاحبه ليس له حق ملكية ، بل حق في أن يتملك : ولهذا الحق نظائر في الشرع » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٢ والنصوص الفقهية المشار إليها في الهوامش) .

ويبدو لنا أنه يمكن القول إن حصة كل دائن في الدين المشترك هي ملك الدائن خاصة في العلاقة بينه وبين المدين ، وهي مال مشترك — لأنها جزء من الدين المشترك — في علاقة الدائن بباقي الدائنين . ومن ثم يجوز لباقي الدائنين إن يطالبوا الدائن الذي قبض حصته بأنصبتهم في هذه الحصة إذ هي مال مشترك بينهم ، ولهم أن يرجعوا على المدين . فإذا ما استولى كل من الدائنين على حصته اختص بها ، حتى في علاقة هؤلاء الدائنين بعضهم ببعض . وإذا تصرف الدائن في حصته التي قبضها من المدين لم يكن لباقي الدائنين تتبع هذه الحصة في يد الغير ، لأن الحصة إنما تعتبر مالا مشتركاً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، لا في علاقتهم بالغير . على أن أثر الاشتراك يعود ، حتى في هذه الحالة ، إذا أعسر المدين ، ويتجلى دائماً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فيرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذي قبض حصته وتصرف فيها ليحملوه نصيبه من تبعة إعسار المدين .

على المدين بما بقى لهم فى ذمته . وللدائنين الآخرين أن يتركوا الدائن الذى قبض حصته ويتبعوا المدين بحصصهم ، فاذا كان المدين معسراً عند مطالبتهم إياه كان من حقهم أن يرجعوا على الدائن الذى قبض حصته ليحملوه نصيبه من التبعة عن إعسار المدين . وفى هذه القواعد يتمثل الضمان الذى ينطوى عليه نظام الدين المشترك . فكل دائن إذا قبض حصته لم تخلص له ، بل يبقى ضامناً للدائنين الآخرين حصصهم ويتحمل معهم تبعة إعسار المدين(١) . وللدائنين الآخرين

---

(١) ويستخلص الأستاذ شفيق شحاته الطبيعة القانونية للدين المشترك على الوجه الآتى : « الدين المشترك قد ورد ذكره فى النصوص على أنه ملك مشترك ، فهو إذن فى نظر الفقهاء عبارة عن شىء مملوك للدائنين على الشيوع . ولكن قد لاحظ الفقهاء أنفسهم أن الدين ليس بشىء حسى بل هو مجرد معنى فى الذهن ، ولما كان كذلك كان من المتعذر تصور انقسامه . لذلك قالوا بأنه لا ينقسم ، ونشأ عن ذلك حق الرجوع . إلا أنهم قد لاحظوا من ناحية أخرى أنه إذا كان الدين لا يقبل الانقسام على أنه دين ، فهو يقبله على أنه مطالبة ، ونشأ عن ذلك جواز انفراد كل من الدائنين بالمطالبة بحصته منه . ولكننا قد رأينا عند الكلام على الأساس القانونى لحق الرجوع أن تصوير الدين المشترك على هذا الشكل لا يتفق والحلول الثابتة . أما الفكرة التى تستمد من الحلول فهى أن الدين المشترك ينقسم فيما بين الدائنين فى الواقع . إلا أن انقسامه لا يكون مطلقاً فهو ينقسم انقساماً مقيداً بما شرعوه من حق الرجوع ، ذلك أن حق الرجوع يوجد بين الدائنين رابطة ذات طبيعة خاصة كما بينا . وإذا نظرنا إلى الدين المشترك نظرة عملية ، وجدنا أن هذه الرابطة التى أوجدها حق الرجوع لا تبقى على الشىء الكثير من اعتبار الالتزام منقسما ، فهى تؤدى بالفعل إلى ضرورة اجتماع جميع الدائنين عند المطالبة ، ذلك أنه ما دام لم يجتمع هؤلاء الدائنون لا تكون المطالبة أبداً مجدية » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢٣ - فقرة ٣٢٤) .

ونعود إلى القول بأن الدين المشترك هو دين منقسم على الدائنين فى علاقتهم مع المدين ، وغير منقسم عليهم فى علاقتهم بعضهم ببعض . وانقسامه على الدائنين فى علاقتهم بالمدين هو الذى يجنب نظام الدين المشترك عيوب نظام التضامن بين الدائنين ، أما عدم انقسامه على الدائنين فى علاقتهم بعضهم ببعض فهو الذى يحقق للنظام هدفه الأول وهو أن يكون ضماناً للدائنين .

ويقول الأستاذ منير القاضى فى محاضراته فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية (سنة ١٩٥٣ ص ٦١ - ص ٦٢) : « والفكرة فى هذا النوع من الدين مبنية عند فقهاء الشريعة على عدم قبول الدين للانقسام ، لأن الديون عندهم أوصاف فى ذمم المدينين والأوصاف لا تقبل الانقسام ، فما يقبضه كل واحد من الدائنين إنما يقبضه مالا مشتركا . وهى مبنية فى رأى من يعد الدين مالا يقبل القسمة .. على أن أحد الدائنين له حق المطالبة بحصته بناء على قبول الدين القسمة فهو يطالب بقسمه ، فإذا قبض حصته كان لشركائه الرجوع عليه بأنصبائهم مما قبض لأن قسمة المشترك لا تتم إلا برضاء الشركاء أو بحكم القضاء بالقسمة ، -

فى هذا وسيلتان : فاما أن يشاركوه فى حصته التى قبضها ، وإما أن يرجعوا عليه بالضمان إذا طالبوا المدين بحصصهم فوجدوه معسراً . وهذا مايسبغ على نظام الدين المشترك قوته من حيث هو ضمان للدائنين . وهذا فى الوقت ذاته موطن الضعف فى هذا النظام ، فالدائن الذى يقبض حصته لا تخلص له الحصة كما قدمنا ، ولا يستطيع أن يطمئن إلى أنه قد استولى على حصته إلا بعد أن يستولى الدائنون الآخرون أيضاً على حصصهم .

ونظام تضامن الدائنين لايبعد كثيراً عن هذا النظام . فقد رأينا أن الدائن المتضامن إذا قبض من المدين جزءاً من الدين ، حتى لو كان هذا الجزء معادلا لحصته على خلاف فى الرأى ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته . ورأينا كذلك أن المدين إذا أعسر تحمل كل الدائنين تبعة هذا الإعسار . ففى هذه الأحكام يتلاقى نظام الدين المشترك مع نظام تضامن الدائنين .

١٥٦ — جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك فى الدين : ومهما يكن من أمر الدين المشترك ، أو ماينطوى عليه نظامه من مزايا وعيوب ، فانه يجوز أن يتفق ذوو الشأن على استبعاد هذا النظام . وقد نصت المادة ٣١٤ من التقنين المدنى العراقى على أنه « ١ — فى الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء على أن يكون لكل منهم الحق فى قبض حصته من الدين ، من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . ٢ — وفى هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته فى الدين من غير أن يشاركه فيها غيره بوجه من الوجوه » .

ونظام الدين المشترك، فى حالة وحدة الصفقة، ليس فى حاجة إلى الاستبعاد ، لأن ذوى الشأن فى هذه الحالة هم الذين أرادوا هذا النظام وعبروا عن هذه الإرادة من طريق وحدة الصفقة، فاذا كانوا لا يريدونه فليس أيسر عليهم من أن يتجنبوا طريقه . ولكن نظام الدين المشترك فى حالة سبق الاشتراك فى المال الذى

= فإذا لم يرض الشركاء بهذه القسمة التى تولاها القابض وحده بقى ما قبضه مشتركاً بينهم ، وظل الباقى فى ذمة المدين مشتركاً بينهم أيضاً . وإذا رضوا بهذه القسمة سلمت له حصته التى قبضها » .

نشأ عنه الدين هو الذى يكون فى حاجة إلى الاستبعاد، فان النظام فى هذه الحالة يكون مفروضاً على ذوى الشأن إلا إذا اتفقوا على استبعاده، كما تقضى المادة ٣١٤ من التقنين المدنى العراقى سالفة الذكر .

والاستبعاد يكون باتفاق الدائنين فيما بينهم على أن يستقل كل دائن بحصته فى الدين ، فاذا قبضها لم يشاركه فيها الدائنون الآخرون ، وتخلص له الحصة حتى لو أعسر المدين بعد ذلك : فلا يكون للدائنين حق الرجوع عليه لتحميله نصيبه فى هذا الإعسار . ومن ثم ينقسم الدين المشترك قسمة تامة على الدائنين ، ويصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) كل دائن له جزء من الدين يستقل به ولا يشاركه فيه الدائنون الآخرون بوجه من الوجوه . وقد لجأ التقنين المدنى العراقى إلى هذه الوسيلة حتى يفتح الطريق أمام ذوى الشأن لتجنب عيوب نظام الدين المشترك إذا شاءوا ذلك(١) .

ونبحث الآن آثار الاشتراك فى الدين : (١) من حيث علاقة الدائنين بالمدين (٢) ومن حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض وهى الناحية التى تبرز فيها مقومات الدين المشترك كما قدمنا .

---

(١) والاتفاق مقدماً على استبعاد الاشتراك فى الدين لايقول به فى الفقه الإسلامى إلا عدد قليل من الفقهاء ، ولكن التقنين المدنى العراقى اختار هذا القول لما فيه من مزية واضحة . ويقول الأستاذ منير القاضى فى هذا الصدد : « لم يجوز الفقه الحنفى قسمة الدين ولا تمليكه لغير من عليه الدين ، لأن الديون فى نظريته أوصاف فى ذمة المدين لا أموال ، والأوصاف لا تقبل القسمة ولا الانتقال من محالها ، فلا تقسم إذن ولا تملك ، وإنما تقسم أو تملك بعد تمثلها فى الأعيان المقبوضة منها . وهى نظرية لها دقتها وقيمتها . وإنما جوزوا تمليكها لمن عليه الدين لأن هذا التمليك إبراء معنى ، والإبراء يتضمن الإسقاط ، والأوصاف تقبل الإسقاط ... ولكن القانون العراقى ، وان اقتبس الدين المشترك وأحكامه من هذا الفقه ، قد تجافى تلك النظرية ومال إلى رأى من المذاهب الإسلامية الأخرى وغيرها أن الديون أموال لا أوصاف فى الذمة فهى إذن تقبل القسمة ، فقرر فى مادته الـ ٣١٤ أن الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء فيه على أن يكون لكل منهم الحق فى قبض حصته من الدين من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . وفى هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته فى الدين من غير أن يشاركه فيه غيره بوجه من الوجوه ، فيخرج الدين عن كونه مشتركاً (محاضرات فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية ص ٦٤ — ص ٦٥) .

ومن أعلام الفقهاء الذين يقولون بجواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك فى الدين ابن القيم ، =

§ ١ - العلاقة ما بين الدائنين والمدين فى الدين المشترك

١٥٧ - المسائل الرئيسية : قدمنا أن كل دائن فى علاقته بالمدين يطالبه بحصته فى الدين وحدها ، فيستوفيها بطريق من طرق الوفاء ، ومن ثم

= ويقول فى هذا الصدد: « تجوز قسمة الدين المشترك بميراث أو عقد أو إتلاف ، فينفرد كل من الشريكين بحصته ويختص بما قبضه ، سواء كان فى ذمة واحدة أو فى ذمم متعددة . فإن الحق لهما ، فيجوز أن يتفقا على قسمته أو بقائه مشتركاً ولا محذور فى ذلك . بل هذا أولى بالجواز من قسمة المنافع بالمهايأة بالزمان أو بالمكان ، ولا سيما فإن المهايأة بالزمان تقتضى تقدم أحدهما على الآخر وقد تسلم المنفعة إلى نوبة الشريك وقد تتوى . والدين فى الذمة يقوم مقام العين ، ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره ، وتجب على صاحبه زكاته إذا تمكن من قبضه ، ويجب عليه الانفاق على أهله وولده ورقيقه منه ، ولا يعد فقيراً معدماً ، فاقتسامه يجرى مجرى اقتسام الأعيان والمنافع . فإذا رضى كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين ، فينفرد هذا برجل يطالبه وهذا برجل يطالبه ، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته وهذا بالمطالبة بحصته ، لم يهدما بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ولا استحلا ما حرم الله ولا خالفا نص كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول صاحب ولا قياساً شهد له الشرع بالاعتبار . وغاية ما يقدر عدم تكافؤ الذمم ووقوع التفاوت فيها ، وأن ما فى الذمة لم يتعين فلا تمكن قسمته ، وهذا لا يمنع تراضيهما بالقسمة مع التفاوت فإن الحق لا يعدوهما ، وعدم تعين ما فى الذمة لا يمنع القسمة فإنه يتعين تقديراً ، ويكفى فى إمكان القسمة التعين بوجه فهو معين تقديراً ويتعين بالقبض تحقيقاً . وأما قول أبى الوفاء بن عقيل لا تختلف الرواية عن أحمد فى عدم جواز قسمة الدين فى الذمة الواحدة واختلفت الرواية عنه فى جواز قسمته إذا كان فى ذمتين فعنه فيه روايتان ، فليس كذلك ، بل عنه فى كل من الصورتين روايتان ، وليس فى أصوله ما يمنع جواز القسمة كما ليس فى أصول الشريعة ما يمنعها ، وعلى هذا فلا يحتاج إلى حيلة على الجواز . وأما من منع القسمة ، فقد تشتد الحاجة إليها ، فيحتاج إلى التحيل عليها . فالحيلة أن يأذن لشريكه أن يقبض من الغريم ما يخصه ، فإذا فعل لم يكن لشريكه أن يخاصمه فيه بعد الإذن على الصحيح من المذهب كما صرح به الأصحاب . وكذلك لو قبض حصته ثم استهلكها قبل المحاصة ، لم يضمن لشريكه شيئاً ، وكان المقبوض من ضمانه خاصة ، وذلك أنه لما أذن لشريكه فى قبض ما يخصه ، فقد أسقط حقه من المحاصة ، فيختص الشريك بالمقبوض . وأما إذا استهلك الشريك ما قبضه ، فإنه لا يضمن لشريكه حصته منه قبل المحاصة لأنه لم يدخل فى ملكه ولم يتعين له بمجرد قبض الشريك له ، ولهذا لو وفى شريكه نظيره لم يقل انتقل إلى القابض الأول ما كان ملكاً لشريكه ، فدل على أنه إنما يصير ملكاً له بالمحاصة لا بمجرد قبض الشريك . ومن الأصحاب من فرق بين كون الدين بعقد وبين كونه بإتلاف أو إرث ، ووجه الفرق أنه إذا كان بعقد فكأنه عقد مع الشريكين فلكل منهما أن يطالب بما يخصه ، بخلاف دين الإرث والإتلاف والله أعلم » (إعلام الموقعين جزء ٤ ص ١ - ص ٢) . وانظر أيضاً الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٣ ص ١٧٥ - ص ١٧٦ .

ينقسم الدين على الدائنين فى علاقتهم بالمدين خلافاً للدين التضامنى . ثم إن علاقة كل دائن بالمدين قد تنقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء . ولا تقوم بين الدائنين المشتركين فى الدين أية نيابة تبادلية ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع . هذه هى المسائل الرئيسية الثلاث التى نتناولها بالبحث مسألة مسألة(١).

١٥٨ — الوفاء : لأى دائن أن يطالب المدين بحصته فى المدين كما قدمنا ، ولا يستطيع أن يطالبه بأكثر من حصته ولو كان الدين كله مضموناً بتأمين شخصى أو عينى . كذلك يستطيع المدين أن يفى لأى دائن بحصته فى الدين دون زيادة(٢)، فتبرأ ذمته من هذه الحصة ، إلا إذا شارك فيها الدائنون الآخرون فعند ذلك يعود الدائن الذى قبض حصته فيطالب المدين بما نقص منها بعد هذه المشاركة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى على أنه « إذا كان الدين مشتركا : فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه »(٣). وحصة كل دائن فى الدين تتحدد باتفاق بين الدائنين ،

---

(١) وقد تكون حصة أحد الدائنين مؤجلة، وحصة ثان حالة، وحصة ثالث معلقة على شرط. ولكن إذا نشأ الدين حالا فى جميع حصصه ، فقد اختلف فيما إذا كان يجوز لدائن دون غيره أن يمنح حصته أجلا : فعند أبى يوسف ومحمد يجوز ، وعند أبى حنيفة لا يجوز لأن منح الأجل بالنسبة إلى حصة دائن يتعدى أثره حتما إلى حصص الآخرين (انظر فى هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة فى الشريعة الإسلامية فقرة ٣٠٥) .

(٢) فلا يجوز للمدين أن يفى أحد الدائنين كل الدين ، ولا تبرأ ذمته من حصص باقى الدائنين بهذا الوفاء ، بل لهؤلاء أن يطالبوا المدين كل بحصته ، ويرجع المدين على القابض بما قبضه زيادة على حصته . جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٧٠) : « من استوفى كل الدين المشترك بغير إذن شريكه ، كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ، ويرجع الغريم على القابض بما قبضه ، لأنه إنما سلم إليه ليملك ما فى ذمته بما سلم ، ولم يملك ، فكان له أن يرجع » . على أنه يجوز إذا قبض أحد الدائنين كل الدين أن يرجع عليه شركاؤه كل بحصته ، فتبرأ ذمة المدين من الدين كله . جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٧٠) : « إن أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه » .

(٣) ومن كانت حصته مؤجلة من الدائنين لا يستطيع أن يطالب بها إلا عند حلول الأجل ، بل ولا يستطيع أن يرجع على من قبض من الدائنين حصته الحالة إلا إذا انقضى أجل حصته . جاء فى المبسوط للرخى (جزء ٢١ ص ٣٨) : « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل ، كان للمؤخر أن يشاركه فى المقبوض ، ويكون —

وقد يكون القانون هو الذى يحددها كما لو كان الدائنون ورثة فى مال شائع وباعوه صفقة واحدة فيكون الثمن ديناً مشتركا بينهم كل له فيه بنسبة حصته فى الأرث على الوجه الذى يحدده قانون الميراث . فاذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يحدد مقدار حصة كل دائن ، فالمفروض أن حصصهم متساوية .

وقد يستوفى الدائن حصته من كفيل أو محال عليه ، بأن يكون للمدين كفيل فيرجع عليه الدائن بحصته ، أو يحيل المدين الدائن بحصته على مدين آخر .

= ما بقى مشتركاً بينهما ، والباقى هو ما كان مؤجلا » . وإذا كان الدين كله مؤجلا ، فعجل المدين لأحد الدائنين حصته ، رجع الشركاء فى الدين على هذا الدائن دون أن ينتظروا حلول الأجل ، لأن الأجل قد سقط فى الحصة المعجلة بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . وقد جاء فى البدائع (جزء ٧ ص ١٩٦) : « لو كان الدين فى الأصل منهما جميعاً مؤجلا ، فأخذ أحدهما شيئا قبل حل الأجل ، شاركه فيه صاحبه ، لأنه لما أخذ شيئاً قبل حل الأجل فقد سقط الأجل على قدر المقبوض وصار حالا فصار المقبوض من النصيبين جميعاً ، فيشاركه فيه صاحبه كما فى الدين الحال » .

وإذا نشأ الدين المشترك حالا ، ثم أراد أحد الدائنين أن يؤجل ، فلا يجوز على رأى أبى حنيفة ، كما قدمنا ، وقد نصت المادة ١١١٢ من المجلة على أنه « ليس لأحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا إذن الآخر » . وقد جاء فى شرح سليم باز للمجلة (ص ٦١٧) : « لأنه إذا صح التأجيل فى الحصتين لصار تصرفاً فى حق شريكه بدون إذنه . وإن صح فى حصة المؤجل ، لأدى إلى قسمة الدين قبل قبضه ، وذا لا يجوز . ومفاده أنه لو أجل الشريك حصته من الدين ، فلا يصح أيضاً لما فيه من قسمة الدين قبل قبضه . فبناء عليه لو أجل أحد الدائنين الدين المشترك كلا أو بعضاً ، ثم قبض الشريك الآخر بعض الدين من المديون ، فللشريك الذى أجل أن يشاركه فيما قبض وإن لم يحل الأجل ، لأن الأجل باطل » . أما الصاحبان فقد رأينا أنهما يجيزان أن يؤجل الدائن حصته دون حصة شريكه . وقد أخذ مرشد الحيران برأى الصاحبين ، ولكن قصره دون مبرر على الميراث ، فنصت المادة ١٨٧ على أنه « إذا كان الدين المشترك موروثاً ، فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا إذن ، وله أن يؤجل حصته » . ثم نصت المادة ١٨٨ على أنه « إذا كان الدين المشترك واجباً بإدانة أحد الشريكين فى شركة عنان ، فإن أجل الذى باشر الإدانة صح تأجيله فى جميع الدين ، وإن أجله الذى لم يباشر الإدانة فلا يصح تأجيله فى حصته ولا فى حصة شريكه بالأولوية . فإن كان الشريكان متفاوضين ، فأيهما أجل الدين المشترك بينهما صح تأجيله » . ونصت المادة ١٨٩ على أنه « إذا كان الدين المشترك واجباً بعقد قرض ، فلا يجوز للشريك الذى باشر العقد ولا للشريك الآخر أن يؤجله ، وإن أجله أحدهما فلا يلزم تأجيله ولكل منهما اقتضاؤه حالا » . والمادتان الأخيرتان إنما تعرضان لأحكام خاصة بالشركة وبالقرض لا بالدين المشترك فى ذاته (أنظر الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٢٩٩) .

وتنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدنى العراقى فى هذا الصدد على أنه « إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلا بحصته فى الدين المشترك ، أو أحاله المدين على آخر ، فللشركاء أن يشاركوه فى المبلغ الذى يأخذه من الكفيل أو المحال عليه » . بل يجوز أن يستوفى الدائن حصته بأن يحيل هو شخصاً آخر بهذه الحصة على المدين ، والحوالة هنا تكون حوالة حق لا حوالة دين .

وللدائن كذلك أن يستوفى حصته فى الدين عن طريق الوفاء بمقابل ، فيأخذ من المدين مالا آخر بحصته ، يشتريه أو يستأجره . وهذا ما تنص عليه المادتان ٣٠٧ و٣٠٨ من التقنين المدنى العراقى . فتنص المادة ٣٠٧ على أنه « إذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك مالا من المدين ، فشركاؤه مخيرون إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين » . وتنص المادة ٣٠٨ على أنه «إذا استأجر أحد الشركاء بحصته من المدين المشترك شيئاً ، صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار فى تضمينه ما أصاب حصصهم وفى اتباع المدين » .

١٥٩ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء : وقد ينقضي التزام المدين بحصة الدائن بسبب آخر غير الوفاء . فينقضى الالتزام بالتجديد ، بأن يتفق الدائن مع المدين على تجديد هذه الحصة فى الدين بتغيير المحل أو السبب أو الدائن أو المدين . وينقضى الالتزام بالمقاصة بأن يثبت للمدين فى ذمة الدائن ، قبل وجوب الدين المشترك أو بعده (م ٣١١ من التقنين المدنى العراقى) ، دين مقابل نشأ عن عقد كأن يكفل الدائن للمدين مديناً للمدين ويرجع المدين عليه باعتباره كفيلا (م ٣١٢ / عراقى) ، أو نشأ عن عمل غير مشروع كأن يتلف الدائن للمدين مالا فيجب عليه التعويض (م ١/٣١٢ عراقى) ، أو نشأ عن أى مصدر آخر ، وتوافرت شروط المقاصة القانونية ، فإن الدينين يتلاقيان قصاصاً فينقضيان . وينقضى الالتزام باتحاد الذمة ، بأن يموت الدائن ويرثه المدين . وينقضى الالتزام بالإبراء أو بالهبة ، بأن يبرئ الدائن المدين من حصته فى الدين أو يهبه إياها (م ٣١٣ عراقى)، فينقضى الدين بالإبراء أو بالهبة . وينقضى الالتزام بالتقادم ، وقد تتقادم حصة أحد الدائنين دون أن تتقادم حصص الآخرين بأن يقطع الدائنون الآخرون التقادم ، دون أن

يقطعه الدائن الأول ، فتنقضى حصة هـذا الدائن بالتقادم دون أن تنقضى حصص الآخرين .

ويلاحظ أنه فى أسباب الانقضاء المتقدمة الذكر لا ينقضى الدين كله كما قدمنا ، وإنما تنقضى حصة أحد الدائنين ، فلا يعرض فى هذه الحالات ما كان يعرض فى صدد تضامن الدائنين من أن للمدين أن يحتج بمقدار حصة من قام به سبب الانقضاء . ذلك لأن أى دائن فى الدين المشترك لا يطالب المدين إلا بحصته فى الدين ، وليس بكل الدين كما فى تضامن الدائنين ، فلا محل لأن يحتج المدين عليه بانقضاء حصة دائن آخر ما دام الدائن الأول لا يطالب إلا بحصته هو .

وسنرى ، عند الكلام فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، كيف يرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذى انقضت حصته بسبب غير الوفاء .

١٦٠ — عدم قيام النيابة التبادلية بين الدائنين : ثم إن الدائنين فى الدين المشترك لا تقوم بينهم نيابة تبادلية كما تقوم فى التضامن على ما قدمنا ، وذلك لا فيما يضر ولا فيما ينفع .

فاذا قطع أحد الدائنين التقادم على المـدين ، فانما يقطعه فى حصته ، ولا ينقطع التقادم بالنسبة إلى حصص الآخرين . وكذلك إذا وقف التقـادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، فانه لا يقف تبعا لذلك بالنسبة إلى الآخرين .

وكل دائن مسئول وحده عن خطأه ، ولا يسأل عن خطأ الآخرين .

وإذا أعذر أحد الدائنين المدين أو قاضاه ، فانما يعذره أو يقاضيه فى حصته وحدها ، ولا يتعـدى أثر ذلك إلى حصص الدائنين الآخرين . وإذا أعذر المدين أحد الدائنين ، فلا يكون هذا إعذاراً للباقين .

وإذا صالح أحد الدائنين المدين فانما يصالحه على حصته وحدها ، ولا يضر هذا الصلح الدائنين الآخرين ولا ينفعهم .

وإذا أقر أحد الدائنين للمدين ، أو أقر المدين لأحد الدائنين ، فان الإقرار يقتصر أثره على المقر ، ولا يفيد الدائنين الآخرين ولا يضرهم (١) .

---

(١) وقد نقل الأستاذ شفيق شحاته عن محمد فى المبسوط (ص ٣٨٥/١) : « قال أبو حنيفة إن أقر أحد الشريكين فى هـذا أن الدين كان إلى سنة وقال الآخر كان حالا ، فإن حصة الذى أقر بالأجل إلى ذلك الأجل ، وحصة الآخر حالة » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٢٣٧ هامش رقم ٦٧) .

واليمين إذا وجهت من أحد الدائنين إلى المدين ، أو وجهت من المدين إلى أحد الدائنين ، فحلف من وجهت إليـه اليمين أو نكل ، فان أثر ذلك كله لا يتعدى إلى الدائنين الآخرين .

والحكم الصادر لمصلحة أحد الدائنين أو ضده لا يسرى فى حق الدائنين الآخرين ، إلا إذا كان الدائنون ورثة فكل منهم يعتبر ممثلا للآخرين (١) .

§ ٢ — علاقة الدائنين بعضهم ببعض فى الدين المشترك

١٦١ — المسائل الرئيسية : قدمنا أن أيا من الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترك أو استوفاها بأى سبب آخر ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيها عينا ، أو أن يتبعوا المدين فان كان معسراً رجعوا على الدائن الذى قبض حصته فحملوه نصيبه فى أعسار المدين . فنتكلم فى حالة ما إذا شارك الدائنون الآخرون الدائن ، ثم فى حالة ما إذا رجعوا عليه بنصيبه فى إعسار المدين .

١٦٢ — مشاركة الدائنين الآخرين للدائن فى حصته : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « فاذا قبض أحد الشركاء شيئا من الدين المشترك ، فالشركاء الآخرون بالخيـار ، إن شاءوا شاركوه فيما قبض عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقى لكل منهم فى ذمته ، وإن شاءوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصتهم » . ويتبين من هذا النص أنه إذا قبض أحد الدائنين من المدين شيئا من الدين المشترك ، سواء كان ذلك بمقدار حصته أو بأقل أو بأكثر (٢) ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبضه عينا كل بنسبة حصته فى الدين . فلو فرضنا أن الدين المشترك

---

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٢ ص ١٧٤ .

(٢) وقد رأينا أنه إذا قبض أحد الدائنين كل الدين ، جاز لشركائه أن يرجعوا عليه كل بحصته ، فتبرأ ذمة المدين من الدين كله (انظر آنفاً فقرة ١٥٨ فى الهامش) .

تسعمائة وأن الدائنين ثلاثة بحصص متساوية ، وقبض أحدهم من المدين حصته وهى ثلثمائة ، كان لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك الدائن الأول فيما قبض فيأخذ منه مائة . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة ، ويبقى له مائتان . فاذا فرض أن دائناً منهم استوفى بعد ذلك من المدين مائة وخمسين ، جاز لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك هذا الدائن فيما قبض فيأخذ منه خمسين . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة وخمسين ، ويبقى له مائة وخمسون . فاذا قبض أحدهم من المدين بعد ذلك مائة وخمسين ، جاز لكل من الآخرين أن يشاركه فيما قبض فيأخذ منه خمسين . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائتين ، ويبقى له مائة . وهكذا كلما قبض أحد الدائنين من المدين مابقى من حصته أو جزءا من ذلك ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركاه فيما قبض على النحو المتقدم الذكر ، حتى يستوفى كل من الثلاثة حصته بأكملها(١) .

وقد يقبض أحد الدائنين شيئاً من الدين المشترك ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات أو يستهلكه ، فعند ذلك يكون للدائنين الآخرين — إذا اختاروا مشاركته — أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم على الوجه المتقدم الذكر . أما إذا كان المقبوض عيناً وتلفت فى يد القابض بسبب أجنبى ، فان القابض يعتبر مستوفياً لما قبضه ويحسب عليه من حصته ، ولا يكون للدائنين

---

(١) وإلى هذا العيب فى نظام الدين المشترك يشير الأستاذ شفيق شحاته فيقول : « هذا على أن لنظرية الدين المشترك عيوباً ، إذ لا يستطيع الدائن طبقاً لهذه النظرية أن يحصل على حصته فى الدين بصورة جدية فى حال من الأحوال . فهو دائماً يظل مهدداً بحق الرجوع ولو قبض دون حقه » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٢٢٥ ص ٢٧٥) . ثم يقول فى آخر هامش رقم ١٤٧ من ص ٢٧٥ : « ويلاحظ خصوصاً أن حق الرجوع من شأنه تكثير الدعاوى ، على أن تعاقب الدعاوى من الدائن الواحد لن يغنى أبدا عن المطالبة المشتركة ، إذ يبقى دائماً رصيد لا تصل إليه إلا المطالبة المشتركة » .

على أن هذا العيب لم يخل منه نظام تضامن الدائنين ، فقد قدمنا أن أحد الدائنين المتضامنين إذا قبض جزءاً من الدين شاركه الآخرون فيما قبض ، ثم إذا قبض جزءاً آخر شورك فيه ، وهكذا . ومهما يكن من أمر فإنه من الممكن فى نظام الدين المشترك ، من الناحية العملية ، توقى هذا العيب بأن ينزل الدائنون الآخرون عن حقهم فى الرجوع على الدائن الذى قبض حصته ، مع استبقاء حقهم فى تحميله نصيبه من إعسار المدين .

الآخرين رجوع عليه ، وإنما يطالبون المدين بحصصهم فى الدين(١) . وتنص المادة ٣٠٥ من التقنين المدنى العراقى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — إذا قبض أحد الشركاء حصته من الدين المشترك ، وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها ، فللشركاء الآخرين أن يضمنوه نصيبهم منها . ٢ — أما إذا تلفت فى يده بلا تقصير منه ، فلا يضمن نصيب شركائه فى المقبوض ويكون مستوفياً حقه . وما بقى من الدين بذمة المدين يكون للشركاء الآخرين » .

وما قدمناه من رجوع الدائنين على الدائن الذى قبض شيئا من الدين المشترك يسرى أياً كانت كيفية استيفاء الدائن لما قبض ، فقد يقبض عن طريق وفاء المدين له للجزء الذى قبضه ، وقد يقبض عن طريق رجوعه على كفيل المدين أو من أحال عليه المدين الدين (م ٣٠٦ عراقى) .

أما إذا قبض أحد الدائنين مقابلا لحصته ، فليس للدائنين الآخرين أن يشاركوه عيناً فيما قبض من المقابل ، بل كل ما لهم هو أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم . فإذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك مالا من المدين ، فشركاؤه مخيرون ، إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين ، وليس لهم أن يشاركوه فى المال المشترى إلا إذا تراضوا على ذلك (م ٣٠٧ عراقى) . وإذا استأجر أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك شيئا ، صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار فى تضمينه ما أصاب حصصهم أو اتباع المدين (م ٣٠٨ عراقى) .

وإذا صالح أحد الدائنين المدين عن حصته من الدين المشترك ، فإن كان بدل الصلح من جنس الدين ، فشركاؤه إن شاءوا شاركوه فى المقبوض وإن شاءوا

---

(١) ويقول الأستاذ منير القاضى : « وإذا استهلك الشريك حصته من الدين بعد قبضها ، لا يسقط خيار بقية الشركاء بالرجوع عليه . ولكن لو هلكت فى يده فليس لهم خيار الرجوع عليه ، بل يعتبر المقبوض الهالك من نصيب القابض وحده . وكان القياس أن يثبت لهم حق خيار الرجوع لأنه قبض مالا مشتركاً بينهم ، ولكن الاستحسان يميل إلى عدم الرجوع . وجه الاستحسان أنه لو صح لهم اختيار الرجوع عليه فاختاروا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضه ، فتكون حصصهم أمانة فى يده ، فلا يستحقون عليه ضماناً بهلاك ما قبض لأن الأمين لا يضمن بلا تعد ، فكان الأوجه اعتبار المقبوض بعد هلاكه من حصة القابض » (محاضرات فى القانون المدنى العراقى لمعهد الدراسات العربية العالية ص ٦٣) .

اتبعوا المدين . وإن كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين ، فالشركاء بالخيار أيضاً فى اتباع المدين أو الشريك المصالح ، وللشريك المصالح فى حالة الرجوع عليه الخيار إن شاء سلم إليهم نصيبهم فى المقبوض(١) وإن شاء دفع إليهم نصيبهم فى الدين (م ٣٠٩ عراق) .

وإذا مات المدين وورثه أحد الدائنين(٢) ، فالدائنون الآخرون يطالبون تركة المدين كل منهم بمقدار حصته فى الدين . فان لم تف التركة بحصصهم ، قسمت على الدائنين جميعاً وفيهم الدائن الذى ورث المدين ، بنسبة حصة كل منهم (م ٣١٠ عراق)(٣) . وبذلك يتحمل كل من الدائنين نصيبه فى إعسار المدين كما سنرى .

وإذا استوفى أحد الدائنين حصته فى الدين المشترك عن طريق المقاصة ، فاذا كان الدين المشترك قد ثبت فى ذمة المدين قبل أن يثبت حقه فى ذمة الدائن ، فان الدائن يكون قد استوفى حصته من الدين عن طريق الحق الذى ثبت فى ذمته

---

(١) وقد جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ٢١ ص٤١) : « إن مبنى الصلح على الإغماض والتجوز بدون الحق ، فمن حجة المصالح .. أن يقول إنما توصلت إلى نصيبى لأنى تجوزت بدون حق ، فإن أردت أن تشاركنى بما تجوزت به لأدفع إليك نصف ما قبضت » .

(٢) أما إذا مات أحد الدائنين وورثه المدين فالأمر واضح ، ذلك بأن حصة الدائن المتوفى فى الدين المشترك تكون قد انقضت باتحاد الذمة ، ويرجع الدائنون الآخرون كل بحصته على المدين ، ولا محل لمشاركتهم فى الحصة التى انقضت فإن ذلك لا يكون إلا برجوعهم على المدين على اعتبار أنه وارث للدائن ، ويستوى من الناحية العملية أن يرجعوا عليه بهذا الاعتبار أو يرجعوا عليه باعتباره مديناً .

(٣) ولا تنقضى حصة الدائن الوارث باتحاد الذمة لأنه غير مسئول شخصياً عن ديون التركة (الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٢٣٤ هامش رقم ٦١ — الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٨) . وجاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٦٧) : « وذكر على بن الجعد عن أبى يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه ، وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالحصص ، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والأجنبى سواء » .

وهذا هو نص المادة ٣١٠ عراق : « إذا مات المدين فى دين مشترك ، وترك مالا ليس فيه وفاء للدين ، وكان أحد الشركاء وارثاً له ، فجميع الشركاء يشتركون فى المال الذى تركه المدين على حسب حصة كل منهم » .

للمدين ، وللدائنين الآخرين أن يشاركوه فى هذا الحق الذى استوفى به دينه . ويستوى فى ذلك أن يكون الحق الذى ثبت فى ذمة الدائن للمدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو أى مصدر آخر ، حتى إذا أتلف أحد الشركاء فى دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضماناً فلشركائه أخذ نصيبهم منه (١) . أما إذا كان الدين المشترك قد ثبت فى ذمة المدين بعد أن ثبت حقه فى ذمة الدائن ، فيكون المدين هو الذى استوفى حقه من الدائن بحصة هذا الدائن فى الدين المشترك ، وليس للدائنين الآخرين أن يرجعوا بحصصهم على شريكهم (٢) .

---

(١) ويوجد فى الفقه الإسلامى خلاف فى جواز رجوع الشركاء على الشريك الذى سقطت حصته بالمقاصة فى مقابلة دين وجب عليه بسبب عمل غير مشروع (انظر فى هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٢٥٠ — ٢٥١ والنصوص الفقهية المشار إليها فى الهامش) . ولا نرى ، فى التقنين المدنى العراقى ، التمييز فى العمل غير المشروع بين الضرر الواقع على المال والضرر الواقع على النفس : فإذا ثبت فى ذمة الدائن للمدين دين عن ضرر أوقعه الدائن على مال المدين أو نفسه ، فإن حصة الدائن فى الدين المشترك تسقط قصاصاً بهذا الدين ، ويكون للدائنين الآخرين الرجوع على هذا الدائن . ويذهب الأستاذ حسن الذنون إلى غير هذا الرأى إذ يقول : « الرأى عندى أن النص العراقى للمادة ٣١٢ يشعر بالتفرقة بين الضرر الواقع على النفس وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن الثانى أن يرجع على الدائن الأول بشىء ، وبين الضرر الواقع على المال وفى هذه الحالة يجوز له الرجوع عليه . ذلك أن الفقرة الأولى من المادة السالفة تقضى بأنه إذا أتلف أحد الشركاء فى دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضمانا فلشركائه أخذ نصيبهم منه . فالنص قاصر على جواز الرجوع فى حالة ما إذا أتلف الدائن مالا للمدين . أما فى حالة إتلاف النفس أو ما هو دون النفس ، فالنص ساكت عن بيان حكمه ، وإذن فلا مندوحة من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى وهى المصدر التى اقتبست عنه هذه النصوص . وبالرجوع إلى أحكام هذا الفقه نجد أن الفقهاء لا يجيزون الرجوع فى هذه الحالة ، أى فى حالة إتلاف النفس أو ما هو دون النفس . وعندى أن هذه التفرقة منتقدة ، وكان الأجدر بالمشرع العراقى أن يجيز الرجوع سواء أوقع الضرر على المال أم على النفس — انظر المبسوط ٢١ ص ٤٠ — فتح القدير ٧ ص ٤٠٦ — الزيلعى ٥ ص ٤٢ » (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٩٠ ص ١٨٠) — ونرى أن ذكر النص لاتلاف الشريك مالا للمدين لم يقصد به الاقتصار على حالة إتلاف المال دون إتلاف النفس ، بل إن النص بإشارته إلى إتلاف المال قد ذكر ما يقع غالباً فى العمل ، فيقاس على إتلاف المال إتلاف النفس .

(٢) وقد جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٦٧) : « ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين ، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين ، فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه ، لأنه ما استوفى الدين بل قضى ديناً كان عليه ، إذ الأصل فى الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثانى لأنه كان واجب القضاء قبل الثانى ، وإذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت فى القدر المستوفى » .

كذلك إذا كان الدين المشترك قد ثبت فى ذمة المدين قبل أن يثبت حقه فى ذمة الدائن ، ولكن هذا الحق الذى ثبت فى ذمة الدائن لم يكن له مقابل أخذه الدائن من المدين ، كأن كفل الدائن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر وصارت حصته قصاصاً بالدين الذى كفله ، فلا رجوع للدائنين الآخرين على شريكهم ، وإذا رجع الدائن على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه (١). ومثل ذلك أيضاً ما إذا كان الدائن قد وهب حصته فى الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فانه لا يكون قد قبض شيئاً من المدين ، فلا رجوع لشركائه عليه. وهذه الأحكام نصت عليها المواد ٣١١ — ٣١٣ من التقنين المدنى العراقى. فنصت المادة ٣١١ على أنه : « ١ — إذا كان للمدين فى دين مشترك على أحد الشركاء دين خاص به ثابت له قبل وجوب الدين المشترك عليه حتى صار دينه قصاصاً به ، فليس للشركاء أن يرجعوا بشىء من حصصهم على هذا الشريك. ٢ — أما إذا حدث للمدين دين على أحد الشركاء وثبت له ذلك بعد وجوب الدين المشترك عليه وصار دينه قصاصاً به ، فلشركائه الحق فى الرجوع عليه بحصصهم منه ». ونصت المادة ٣١٢ على أنه « ١ — إذا أتلف أحد الشركاء فى دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضماناً ، فلشركائه أخذ نصيبهم منه. ٢ — أما إذا ضمن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر ، وصارت حصته قصاصاً بالدين الذى ضمنه ، فلا شىء لشركائه عليه. وإذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان ، لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه ». ونصت المادة ٣١٣ على أنه « إذا وهب أحد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فهبته وإبراؤه صحيحان ، ولا يضمن نصيب شركائه فيما وهب أو أبرأ ».

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الدائن إما أن يقبض حقه من جنس الدين ، أو يقبض مقابلا لحصته ، أو تبرأ ذمة المدين من حصته دون أن يقبض

---

(١) جاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٢ ص ٢٤٠) : « وفى المنتقى عن أبى يوسف لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل ، صارت حصته قصاصاً به ، ولا شىء لشريكه عليه. فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال ، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضاً فيشاركه فى ذلك ، كذا فى المحيط ».

شيئاً . فاذا قبض حصته من جنس الدين ، سواء قبضها من المدين نفسه أو من كفيل أو من محال عليه أو صالح المدين عن حصته وكان بدل الصلح من جنس الدين ، فللدائنين أن يشاركوه عيناً فيما قبض . وإذا قبض الدائن مقابلا لحصته ، كأن اشترى أو استأجر بحصته مالا للمدين أو صالح عن حصته وكان بدل الصلح من خلاف جنس الدين . ومثل ذلك أيضاً ما إذا قبض حصته من جنس الدين ولكنه تصرف فيها أو استهلكها : فان الدائنين الآخرين يرجعون عليه بضمان حصصهم إذ ليس فى يده شىء من جنس الدين حتى يشاركوه فيه عيناً . وإذا برئت ذمة المدين من حصة الدائن دون أن يقبض هذا شيئاً ، كأن وفى الدائن ديناً عليه للمدين بحصته فى الدين المشترك فانقضى الدينان قصاصاً أو انقضت حصته فى الدين المشترك قصاصاً بدين مثله للمدين أو وهب حصته للمدين أو أبرأ ذمته منها ، ومثل ذلك أيضاً أن يقبض الدائن حصته فتتلف فى يده بسبب أجنبى فيكون فى حكم من لم يقبض شيئاً : لم يرجع الدائنون الآخرون عليه بشىء ، فهم لايشاركونه عيناً إذ لاشىء فى يده من جنس الدين حتى تمكن المشاركة فيه ، ولا يرجعون عليه ضماناً إذ هو لم يقبض شيئاً يضمنه لشركائه ، ويعتبر الدائن قد استوفى حصته هو ، ولا يبقى لشركائه إلا أن يتبعوا المدين بحصصهم(١) .

---

(١) وننقل هنا ما جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٦٧ — ص ٦٨) تأكيداً لما استخلصناه من هذه المبادىء : « ولو كان الدين بين شريكين على امرأة ، فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين ، فقد روى بشر عن أبى يوسف أن لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك . وروى بشر عنه أيضاً أنه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبى يوسف . وجه الرواية الأولى أن النكاح أوجب المهر فى ذمته ، وله فى ذمتها مثله ، فصار قصاصاً بدينه ، فصار كأنه قبض نصف الدين ، فكان له أن يرجع بنصف حقه ، كما لو اشترى منها ثوباً بنصيبه من الدين . وجه الرواية الأخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ، ولم يوجد ، فلا يضمن لشريكه ، كما لو أبرأها عن نصيبه . ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه ، فإن شريكه يرجع عليه فى قولهم جميعاً ، لأن الأجرة فى مقابلتها بدل مضمون بالعقد ، فأشبه البيع ، وكذا الذى سلم له وهو المنفعة قابل للشركة ، فكان له أن يضمنه . وروى بشر عن أبى يوسف أن أحد الطالبين إذا شج المطلوب موضحة عمداً ، فصالحه على حصته ، لايلزمه شىء لشريكه ، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه ، لأن الصلح عن جناية عمد ليس فى مقابلته بدل مضمون ، فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه ، فلا يلزمه شىء . وأما إذا استهلك أحد الطالبين =

ويمكن أن نستخلص من المبادىء المتقدمة حلولا لمسائل لم يرد فيها نص من ذلك أن التقنين المدنى العراقى قد أغفل النص على حالتى التجديد والتقادم. ويمكن القول بأنه إذا انقضت حصة أحد الدائنين فى الدين المشترك عن طريق التجديد ، فان الدائن يكون قد قبض حصته ولكن من غير جنس الدين : فيرجع عليه شركاؤه بالضمان ، ويكون له الخيار إن شاء سلم إليهم أنصبتهم

= على المطلوب مالا ، فصارت قيمته قصاصاً بدينه ، أو اقترض منه شيئاً بقدر نصيبه من الدين ، فلشريكه أن يرجع عليه ، لأن قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصاً بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى ، فصار كأنه استوفى حقه . ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين ، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين ، فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه ، لأنه ما استوفى دينه بل قضى ديناً كان عليه ، إذ الأصل فى الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضيا بالثانى لأنه كان واجب القضاء قبل الثانى، وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت فى القدر المستوفى . وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد لو أن أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص ، فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم ، كان ذلك جائزاً ، وبرىء من حصة القاتل من الدين ، وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة ، وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة ، أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة . فرق بين هذا وبين ما إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به ، ووجه الفرق أن العقد هنا ، وهو الصلح والنكاح ، وقع على ما فى الذمة ، وإنه يوجب المقاصة ، فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة . بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به ، فإن العقد هناك ما وقع على ما فى الذمة مطلقاً ، ألا ترى أن العقد هناك أضيف إلى نفس الدين ، فلم تقع المقاصة ، ولم يسلم له أيضاً ما يحتمل الاشتراك فيه ، فلا يرجع . وذكر على بن الجعد عن أبى يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه ، وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالحصص ، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والأجنبى سواء . ولو أعطى المطلوب لأحدهما رهناً بحصته فهلك الرهن عنده ، فلشريكه أن يضمنه ، لأن قبض الرهن قبض استيفاء ، وبهلاك الرهن يصير مستوفياً للدين حكماً ، فكان كالاستيفاء حقيقة . ولو غصب أحد الشريكين المطلوب عبداً فمات عنده ، فلشريكه أن يضمنه ، لأنه صار ضامناً لقيمة العبد من وقت الغصب فملك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد . ولو ذهبت إحدى عيني العبد بآفة سماوية فى ضمان الغاصب فرده ، لم يرجع شريكه عليه بشىء ، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه . وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيه بآفة سماوية . وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبداً بيعاً فاسداً وقبضه ، فمات فى يده أو باعه أو أعتقه ، إنه يضمن لشريكه كما يضمن فى الغصب . ولو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده ، لم يضمن لشريكه شيئاً ، ويجب عليه من حصته من الدين خاصة » .

فى الدين الجديد الذى حل محل حصته وإن شاء دفع إليهم نصيبهم فى الدين المشترك ، وهذا قياساً على الصلح إذا كان بدله من خلاف جنس الدين (انظر المادة ٣٠٩ عراق) . وإذا انقضت حصة أحد الدائنين بالتقادم دون أن تنقضى حصص الدائنين الآخرين ، فان الدائن لا يكون قد قبض شيئاً ، ومن ثم لا يرجع عليه شركاؤه بشيء ، ويتبعون المدين بحصصهم .

١٦٣ — رجوع الدائنين الآخرين على الدائن بنصيبهم فى اعسار المدين : وقد يختار الدائنون الآخرون ألا يشاركوا الدائن فى حصته التى قبضها من الدين المشترك ، فيتركوها له ويتبعوا المدين بحصصهم . « فان اختاروا متابعة المدين — كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى — فلا يرجعون على القابض بشيء ، إلا إذا توى نصيبهم ، فيرجعون عندئذ على القابض بحصتهم فيما قبضه ، ويأخذون منه مثل المقبوض لا عينه » . فاذا كان الدين ، كما ذكرنا فى مثل سابق ، تسعمائة ، وكان الدائنون ثلاثة بحصص متساوية ، وقبض أحدهم حصته من الدين وهى ثلثمائة ، ولم يختر الدائنان الآخران أن يشاركا الدائن الأول فى هذه الحصة وتركاها له ، طالب كل منهما المدين بحصته فى الدين وهى ثلثمائة . فان استوفى كل منهما حصته انقضى الدين جميعاً ، وبرئت ذمة المدين نحو الدائنين الثلاثة ، وخلص للدائن الأول حصته التى قبضها كما خلص لكل من الدائنين الآخرين حصته . أما إذا كان المدين قد أعسر عند مطالبة الدائنين الآخرين له بحصتيهما فى الدين المشترك ، تحمل الدائنون الثلاثة إعسار المدين كل بنسبة حصته ، ومن ثم يرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الأول الذى قبض ثلاثمائة ، فيأخذ كل منهما مائة من هذا الدائن — مثلا لا عيناً لأنهما يرجعان بالضمان لا بالمشاركة فى عين المقبوض — ويبقى للدائن مائة مثلهما . وإذا كان إعسار المدين إعساراً جزئيا بحيث أن الدائنين الآخرين لم يخلص لكل منهما إلا نصف حصته أى مائة وخمسون ، فان الدائنين الثلاثة يتحملون هنا أيضاً إعسار المدين كل بنسبة حصته . فيرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الأول الذى قبض ثلثمائة . فيأخذ كل منهما خمسين من هذا الدائن ، ويكون كل من الدائنين الثلاثة قد خلص له من حصته فى الدين مائتان بدلا من ثلثمائة بسبب إعسار المدين هذا الاعسار الجزئى .

ويستوى أن تنقضى حصة أحد الدائنين فى الدين المشترك بطريق الوفاء أو بأى طريق آخر يستوفى به الدائن مقابلا لحصته كالوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد ، فنى جميع هذه الأحوال يرجع الدائنون الآخرون على هذا الدائن الذى استوفى حصته كاملة بنصيبه فى إعسار المدين(١) .

وقد يقع أن شركاء الدائن الذى قبض حصته أو أخذ مايقابلها ، عند رجوعهم عليه لتحميله نصيبه فى إعسار المدين ، يجدونه هو أيضاً معسراً ، فلا مناص فى هذه الحالة من أن يستقلوا هم دونه بتحمل إعسار المدين . ومثل ذلك ما إذا وجد الشركاء شريكهم معسراً عندما أرادوا مشاركته فى حصته التى قبضها ، ثم لما طالبوا المدين بحصصهم وجدوه هو أيضاً معسراً . فلا مناص من أن يتحملوا وحدهم ، هنا أيضاً ، إعسار المدين .

الفرع الثانى

التضامن بين المدينين

(Solidarité entre débiteurs — Solidarité passive)

١٦٤ — أهمية الموضوع لكثرة وقوعه فى العمل : التضامن بين المدينين يقع كثيراً فى الحياة العملية . وهو ، وإن كان يعتبر من الناحية النظرية وضعاً استثنائياً إذ الأصل كما قدمنا إذا تعدد المدينون ألا يكونوا متضامنين ، إلا أن الاستثناء من الناحية العملية قد طغى على الأصل ، وقلّ أن نجد دائناً له مدينون متعددون فى التزام واحد ولا يشترط تضامنهم . بل إن كثيراً ماتتولى نصوص القانون نفسه مهمة إنشاء هذا التضامن .

والواقع من الأمر أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى ضرب من ضروب الكفالة الشخصية . فالدائن إذا أخذ كفيلا بحقه ، وكان الكفيل غير متضامن

---

(١) أما إذا انقضت حصة الدائن فى الدين المشترك دون أن يقبض شيئاً ، كما إذا أبرأ المدين من حصته أو انقضت هذه الحصة بالتقادم ، فيبدو أن الدائن فى هذه الحالة لا يحمل نصيباً فى إعسار المدين ، دون لا يأخذ مقابلا لحصته حتى يشارك فى تبعة الإعسار .

مع المدين ، كانت هذه هى المرتبة الدنيا من الكفالة الشخصية ، لأن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إذا طلب الكفيل التجريد إلا بعد الرجوع على المدين . فاذا اشترط الدائن تضامن الكفيل مع المدين ، وصل إلى مرتبة أعلى من الكفالة الشخصية ، لأنه يستطيع أن يرجع ابتداء على الكفيل ، ولكن لا يزال التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلى ، وهذا يجر إلى نتائج تنزل بالكفيل فى درجة المديونية عن الأصيل . فاذا جعل الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامنهما ، وصل بذلك إلى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية ، إذ يستطيع أن يرجع ابتداء على أيهما شاء مع تعادلهما فى مرتبة المديونية ، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ، كل منهما ملتزم نحوه بالدين جميعه .

فبقدر ما رأينا لتضامن الدائنين من مضار نرى مزايا لتضامن المدينين ، وندرة التضامن بين الدائنين فى العمل لا يعدلها إلا كثرة وقوع التضامن بين المدينين . على أن كلا من هذين النوعين من التضامن يقوم على أسس واحدة : وحدة الالتزام مع تعدد الروابط ، وكفالة متبادلة مصحوبة بمصلحة مشتركة ، تسوغ قيام وكالة هى أيضاً متبادلة ولكن فيما ينفع لا فيما يضر(١) . ومن ثم سنتوخى فى بحث التضامن بين المدينين نفس الخطة التى اتبعناها فى بحث التضامن بين الدائنين ، فنتكلم : (١) فى مصدر التضامن بين المدينين (٢) ثم فى الآثار التى تترتب على هذا التضامن . ولكننا هنا سنكون أكثر إسهاباً وتفصيلا ، لأهمية الموضوع وكثرة وقوعه فى العمل كما قدمنا .

المبحث الأول

مصدر التضامن بين المدينين

١٦٥ — التضامن بين المدينين مصدره الاتفاق أو نص فى القانون : رأينا أن مصدر التضامن بين الدائنين هو الاتفاق ، ولا توجد حالة من هذا

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩ —

النوع من التضامن يكون مصدره القانون . أما التضامن بين المدينين، فصدره إما الاتفاق وإما نص فى القانون . وهناك كثير من حالات التضامن السلبي القانون هو الذى تولى بنفسه إنشاء التضامن فيما بين المدينين المتعددين فى التزام واحد ، دون أن يكون لإرادة طرفى الالتزام دخل فى ذلك .

ولذلك تكون المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى — وهى التى تقضى بأن « التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون(١) » — أكثر انطباقاً على التضامن السلبي منها على التضامن الإيجابى ، ففى التضامن السلبي نجد أن المصدر حقاً هو الاتفاق أو نص القانون، أما التضامن الإيجابى فلا مصدر له إلا الاتفاق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

المطلب الأول

الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٦ — الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض : أكثر مايقوم تضامن المدينين على اتفاق بينهم وبين الدائن ، عندما يكونون جميعاً ملتزمين

---

(١) سبق أن أوردنا تاريخ هذا النص عند الكلام فى التضامن بين الدائنين ، وذكرنا ما يقابله فى التقنين المدنى السابق وما يقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، (انظر آنفاً فقرة ١٢٥ فى الهامش) . ولم يبق إلا أن نذكر هنا نصوص التقنين المدنى العراقى وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى الخاصة بالتضامن السلبى :

التقنين المدنى العراقى م ٣٢٠ : التضامن بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . (وهذا النص مطابق لنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى فيما يخص التضامن السلبى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٤ : إن التضامن بين المديونين لا يؤخذ بالاستنتاج ، بل يجب أن يستفاد صراحة من عقد إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية . على أن التضامن يكون حتماً فى الموجبات المعقودة بين التجار فى شئون تجارية ، إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو القانون .

(والتقنين اللبنانى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى ، ويزيد أن نص على التضامن فى المسائل التجارية ، فالتقنين اللبنانى أكثر توسعاً فى التضامن السلبى من سائر التقنينات المدنية العربية) .

بدين واحد ، فيشترط عليهم الدائن تضامنهم جميعاً فى هذا الدين . ويصح أن يكون ذلك فى العقد ذاته الذى أنشأ الدين ، أو بعد ذلك . فاذا باع شخص داره إلى ثلاثة ، جاز له أن يشترط فى عقد البيع ذاته تضامن المشترين الثلاثة فى الوفاء بالثمن ، كما يجوز له أن يتفق معهم على هذا التضامن فى عقد منفصل تال لعقد البيع(١) .

وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعاً فى العقد الذى أنشأ الدين أو كان تالياً له ، فانه لايجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً لاشك فيه(٢) ، كما هى الحال فى التضامن بين الدائنين فيما قدمنا . فلو أن البائع فى المثل المتقدم باع الدار فى الشيوع للثلاثة على السواء صفقة واحدة ، دون أن يعين حصة كل واحد منهم فى الدار أو فى الثمن ، لم يجز أن يستخلص من ذلك أن الثلاثة متضامنون فى الوفاء بالثمن ، لأن التضامن لايفترض . ولوجب القول عند عدم تعيين حصة كل منهم أن الثلاثة متساوون فى الحصص ، فلكل منهم ثلث الدار فى الشيوع ، وعلى كل منهم ثلث الثمن بعد انقسام الدين عليهم . فاذا أراد البائع أن يكونوا متضامنين ، وجب عليه أن يشترط التضامن بينهم فى وضوح لاخفاء فيه ، فان التضامن أمر خطير ، فاذا لم يشترطه الدائن فى جلاء تام ، فسر العقد لمصلحة المدينين وكان الأصل هو عدم تضامنهم(٣) .

---

(١) ويصح أن يكون مصدر التضامن هو الوصية — وهى إرادة منفردة لا اتفاق — فيوصى المورث بمبلغ من النقود لشخص ، ويجعل الورثة متضامنين فى أدائه للموصى له . وهذا ظاهر فى القانون الفرنسى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥) . أما فى مصر فالتركة ، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، مسئولة عن الوصية ، إذ الوصية مقدمة على الميراث ، فسواء اشترط الموصى تضامن الورثة فى أداء الوصية أو لم يشترط ، فإن الموصى له يأخذ الوصية كاملة من التركة قبل الورثة ما دامت لا تخرج من الثلث .

(٢) مصر الوطنية ٢١ إبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٧٦ — استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٧ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤١ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٦ — ٦ أبريل ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٩٤ مكررة (٢) — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ .

ولا يفهم هنا فى التضامن بين المدينين ، كما لا يفهم هناك فى التضامن بين الدائنين على الوجه الذى سبق بيانه ، أن التضامن لا بد أن يرد فيه شرط صريح ، بل يصح أن يكون الشرط ضمنيا (١)، ولكن يجب أن يكون هذا الشرط الضمنى موجوداً فعلا فلا يجوز افتراضه (٢).

والشرط إذا كان صريحاً ليس من الضرورى أن يرد بلفظ « التضامن » ، بل يكفى أن تستعمل عبارة تفيد هذا المعنى ، كأن يشترط الدائن على المدينين أن يكون كل واحد منهم مسئولا أمامه عن كل الدين ، أو أن له الرجوع على أى منهم بكل الدين ، أو أن جميع المدينين متكافلون فى الدين جميعه على وجه التساوى ، أو نحو ذلك من العبارات التى لا تدع شكا فى أنه قصد الاتفاق معهم على التضامن (٣).

وقد يكون شرط التضامن ضمنيا كما قدمنا . والشرط الضمنى غير الشرط المفترض ، فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض ، ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمنى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق أربعة شركاء فى إجارة على أن يكون الإيجار من الباطن بمعرفتهم جميعاً وتحصيل الأجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما أخوان وباشراف الشريكين الآخرين ، وأن ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الأصلى خصما من الأجرة ، وأن تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (أحد الأخوين) ، وأن يكون لباقى الشركاء أن يأخذوا بياناً بما يهمهم على أن يقدم الحساب فى نهاية كل سنة ، إذا هى استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكرته من الاعتبارات والظروف القائمة فى الدعوى أن فلاناً المذكور لم يكن وكيلا عن الشريكين الآخرين ، وأن الأخوين يجب لذلك اعتبارهما مسئولين قبلهما عن المبالغ التى حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه ،

---

(١) استئناف وطنى ٧ أغسطس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص ٢٠٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ .

(٣) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٧ — ٢ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٧٩ — ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢ — ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٩ ص ٥٩٥ وهامش رقم ٢ .

فانها إنما تكون قد فصلت فى مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها . ثم إذا هى استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى أيضاً أن الأخوين إنما قصدا تطمين باقى الشركاء بأن يتحمل كل منهما المسئولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل ، فان هذا الاستخلاص يكون سائغا والحكم عليهما بالتضامن يكون فى محله(١). وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تعهد شخصان بدين واحد لدائن واحد وكان تعهد كل منهما بعقد على حدة ، كانا ملزمين بذلك الدين بالتضامن(٢). على أنه لا يكفى لاستخلاص الشرط الضمنى للتضامن أن تكون الظروف مرجحة له ، بل يجب أن تكون مؤكدة له لا تدع سبيلا للشك فيه كما قدمنا . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها أن زيداً قد أدار الأطيان التى اشتراها بكر باذن شفوى صدر منه فى حضرة أحد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين ، وأنه لما توفى بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده فى إدارتها لنهاية السنة ، ولم يقل عمرو إنه كان وكيلا عن أختيه الوارثتين الأخريين حين كلف زيداً بالاستمرار فى إدارة الأطيان ، ولم تدع هاتان الأختان أنهما وكلتا أخاهما عنهما ، فلا يجوز اعتبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب إدارة الأطيان ، بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة(٣) .

---

(١) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨ .

(٢) استئناف وطنى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ١١ . وقضى أيضا بأن تعهد كل مدين بنفس الدين فى التزام مستقل يستخلص منه التضامن (المحلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣) .

(٣) نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٦ ص ٣١٥ . وقضى أيضا بأنه إذا استدان شخصان مبلغا بعقد واحد ، ورهن كل منهما عقاراً من ممتلكاته لسداد هذا الدين ، وخلا العقد من بيان حصة كل منهما وكيفية الدفع ، فلا تضامن بينهما ، بل يكون على كل أداء نصف الدين إلا إذا اعترف أحدهما بأن نصيبه أكثر من النصف (بنى سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩) . ولا يكون هناك تضامن بين الطرفين دون اتفاق فى الالتزام نحو السمسار فى صفقة عقدها الطرفان بوساطته (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٨ — مصر الوطنية ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣٦) .
وانظر فى قيام التضامن : استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ — =

ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن ما يأتى : (١) على من يدعى قيام التضامن أن يثبت وجوده . (٢) عند الشك فى قيام التضامن ، يعتبر التضامن غير قائم . (٣) الحكم الذى يقضى بتضامن المدينين ، دون أن يبين مصدر هذا التضامن ، ودون هو اتفاق أو نص فى القانون، وإذا كان اتفاقا هل هو اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى ، وإذا كان اتفاقاً ضمنياً كيف استخلص قاضى الموضوع من عبارات التعاقد وظروفه وجوده الذى لا شك فيه ، يكون حكماً قاصراً يتعين نقضه(١) .

١٦٧ — اثبات الاتفاق مصدر التضامن : وشرط التضامن ، صريحاً كان أو ضمنياً ، يجب إثباته ، وعلى الدائن الذى يدعى تضامن مدينيه عبء هذا الإثبات(٢) .

= ٢٢ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٢ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ .

وانظر فى عدم قيام التضامن: استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٠ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٣ — ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٠ — ٥ يونيه سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ — ٩ — ١ — ١١ يونيه سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ — ٢٤ — ٤٠ — ١٣ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٦ — ١١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٧ — ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٦ — ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٦ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٩ — مصر الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٤٥ .

وقد سبق أن ذكرنا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تقول فى هذا الصدد : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض ، وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمنا ، ولكن ينبغى أن تكون دلالة الاقتضاء فى مثل هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها . فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لإثباته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ وانظر آنفا فقرة ١٢٧) .

ويصح أن يستخلص من الظروف ووقائع الدعوى أن الطرفين إنما أرادا من ذكر التضامن أن يكون الملتزم كفيلا لمدين أصلى لا مدينا متضامنا معه ، كما يصح أن يستخلص أنه كفيل متضامن لا مدين متضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٧ — فقرة ١١٧٨) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ — نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٢٠ — أول فبراير سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٣٣ — أول يونيه سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ — ١ — ٢٥٣ .

(٢) وقد يقع عبء إثبات التضامن على أحد المدينين المتضامنين إذا دفع الدين كله للدائن =

ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات . فان كان الالتزام المدعى التضامن فيه بين المدينين يزيد على عشرة جنيهات ، لم يجز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فان وجد مبدأ ثبوت بالكتابة مثلا ، جازت تكملته بالبينة أو بالقرائن . وإذا كان الالتزام لايزيد على عشرة جنيهات ، جاز الإثبات فى هذه الحالة بالبينة أو بالقرائن .

ونرى من ذلك أن التضامن يجوز إثباته فى بعض الأحوال بالقرائن . ولا يتعارض هذا مع القاعدة التى قدمناها من أن التضامن لايفترض . فافتراض التضامن معناه أن وجود التضامن مجرد افتراض ، أما إثبات التضامن بالقرائن فعناه أن شرط التضامن موجود فعلا وأن وجوده ثابت بالقرائن(١).

١٦٨ — التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية : والتضامن بين المدينين لا يفترض فى المسائل التجارية كما هو لا يفترض فى المسائل المدنية ، وهذا على خلاف ما جرى عليه الفقه والقضاء فى فرنسا من أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية دون المسائل المدنية .

هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب إلى أن التضامن فى القانون الفرنسى لا يفترض فى المسائل التجارية ، فهى والمسائل المدنية سواء فى ذلك ، وأبرز من قال بهذا الرأى لوران(٢). ولكن الكثرة الغالبة من فقهاء فرنسا(٣)، والقضاء الفرنسى معهم(٤)، يذهبون جميعاً إلى أن التضامن يفترض فى المسائل

= وأراد الرجوع على المدينين الآخرين كل بنصيبه ، فأنكر عليه أحدهم حق الرجوع ونفى وجود التضامن .

(١) هيك ٧ فقرة ٣٠٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٦ .

(٢) لوران ١٧ فقرة ٢٨٥ .

(٣) بارتان على أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا هامش ٩ مكرر بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٤٧ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٠٠ — ليون كان ورينو ٣ فقرة ٣٨ — تالير فقرة ١٠٥٤ — أسكارا فقرة ٥ — ريبير فى القانون التجارى فقرة ٣٢٨ .

(٤) كان القضاء الفرنسى فى مبدأ الأمر يقيم التضامن فى المسائل التجارية على أساس افتراض=

التجارية على خلاف المسائل المدنية . فاذا اشترى تاجران صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين ، فانهما مع ذلك يكونان متضامنين فى أداء الثمن للبائع ، إلا إذا استبعدا التضامن بشرط خاص . فالأصل إذن فى فرنسا قيام التضامن فى المسائل التجارية ما لم ينص المتعاقدان على استبعاده ، ويبررون ذلك بأن التقاليد منذ عهد القانون الفرنسى القديم قد استقرت على افتراض التضامن فى المسائل التجارية ، نزولا على مقتضيات الائتمان التجارى وما يستتبع ذلك من توفير أسباب الثقة بالتجار . فيحصلون من وراء هذه الثقة على الضمان الكافى(١) .

= قيام شركة تجارية بين المدينين المتضامنين ، فكان يقضى بقيام التضامن بين تجار اشتروا شيئا مشتركا ، أو بين موكل ووكيله عن أعمال تجارية قام بها الوكيل مع الغير ، أو بين شركاء فى شركة محاصة تعاملوا مع الغير ، أو لوجود شركة واقعية بين شركتين أو وجود مال مشترك فى الظاهر بين هاتين الشركتين (أنظر الأحكام المشار إليها فى هذا الصدد فى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ الهوامش رقم ٣ إلى رقم ٨) . وكان يقيم التضامن فى الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس الخطأ المشترك . أما فى الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب فكان لا يقضى بالتضامن فيها ، بل كان لا يقضى بافتراض تضامن الكفيل مع المدين الأصلى فى المسائل التجارية إذ كان يعطى للكفيل حق التجريد — ولكن محكمة النقض الفرنسية أزالت كل هذه القيود ، وأصبحت تقضى فى عبارة عامة بقيام التضامن فى المسائل التجارية ، لأن هذا ما تقتضيه مصلحة الدائن والمدين معاً تقوية للائتمان التجارى ، وذلك ما لم يستبعد التضامن باتفاق صريح أو ضمنى يستظهره قاضى الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ — ص ٤٤١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٥ ص ٢٩٢ — ويتابع بودرى وبارد (ص ٢٩٤ — ص ٢٩٤) إيراد أقوال فقهاء القانون الفرنسى القديم التى تثبت أن العرف التجارى كان يقضى بقيام التضامن بين التجار فى المسائل التجارية ، ويوردان كذلك الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى التى تؤيد هذا المعنى .

وتنص المادة ٢٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على قيام التضامن فى المسائل التجارية ، فتقول : « على أن التضامن يكون حتما فى الموجبات المعقودة بين التجار فى شؤون تجارية إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو من القانون » .

أما التقنين المدنى الألمانى فيذهب إلى مدى أبعد من ذلك ، فهو يفترض قيام التضامن حتى فى الالتزامات المدنية التى يكون مصدرها العقد (م ٤٢٧ من هذا التقنين) ، فعمم بهذا النص الحكم الذى كان وارداً فى المادة ٢٨٠ من التقنين التجارى الألمانى القديم . على أن التقنين المدنى الألمانى يضيق من جهة أخرى من الآثار التى تترتب على التضامن ، ولا يتوسع فيها توسع التقنينات اللاتينية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٦) .

ولا يزال هناك خلاف بين الفقهاء الفرنسيين(١) هل التضامن فى العقود التجارية مصدره العرف التجارى القديم فيقوم التضامن لمجرد أن العقد تجارى(٢) ، أو أن هذا التضامن إنما هو تفسير لنية المتعاقدين ، فاذا اتضح من الظروف وجوب استبعاد هذه النية لم يكن هناك محل لقيام التضامن ، كما إذا أمنت شركتان للتأمين شيئاً واحداً وتعهدت كل منهما أن تؤمن نصفه فلا محل لافتراض أن نيتهما انصرفت إلى قيام التضامن بينهما(٣) .

ولا يقتصر الأمر فى فرنسا على افتراض التضامن فى العقود التجارية ، بل هناك من الفقهاء من يتوسع فيه فيمده إلى كل التزام تجارى ، أياً كان مصدره ، عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب ، فان هذا التوسع هو الذى تقتضيه حاجات الائتمان التجارى(٤) . على أن التضامن عن العمل غير المشروع مقرر فى فرنسا كقاعدة تقليدية لا فى المسائل التجارية فحسب ، بل أيضاً فى المسائل المدنية . وقد ساير القضاء الفرنسى هذه النزعة فى التوسع(٥) ، وظهر ذلك بنوع خاص فى توسعه فى تقرير التضامن بين أعضاء مجالس إدارة الشركات(٦) .

أما فى مصر فقد كان الرأى الغالب فى الفقه والقضاء فى عهد التقنين المدنى

---

(١) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤١ .

(٢) هامل (Hamel) فى تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٠٣ — دراكيدس (Drakidès) ص ٥٥ وما بعدها .

(٣) ريبير فى القانون التجارى فقرة ٣٢٨ وفى القانون البحرى فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٥٣ .

(٤) هامل (Hamel) فى المرجع السابق الإشارة إليه فى سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٠١ — قارن دى باج ٣ فقرة ٣٢٨ .

(٥) انظر أمثلة لتوسع القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٢ — أما التضامن بين الدائنين فإنه لا يفترض ، لا فى مصر ولا فى فرنسا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٢٧) .

(٦) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٤٤ . على أن محكمة النقض الفرنسية قضت حديثاً بأن الشركاء فى خطأ مشترك ، وإن كان يجوز الحكم على كل منهم بتعويض كل الضرر الناجم عن هذا الخطأ ، إلا أنهم لا يكونون متضامنين (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٤٨ J. S. ١٩٥٠ ص ٩٢) .

السابق هو أن التضامن لا يفترض حتى فى المسائل التجارية(١). ولا نرى أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث جديداً فى هذا الصدد. فلا تزال القاعدة التى تقضى بأن التضامن لا يفترض دون تمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية موجودة فى التقنين الجديد كما كانت موجودة فى التقنين القديم. ولا يزال التقنين التجارى قائماً كما هو ينص فى حالات خاصة على التضامن ، مما يستخلص منه بمفهوم المخالفة أن التضامن لا يقوم فى غير هذه الحالات المنصوص عليها ، وإلا لما عنى التقنين التجارى بالنص على حالات معينة يقوم فيها التضامن إذا كان من شأن التضامن أن يقوم فى جميع المسائل التجارية من غير استثناء(٢).

ومن ثم لا يفترض فى مصر قيام التضامن بين التجار ، لا فى العقود التجارية ولا فى الالتزامات التجارية ما بين التجار التى يكون مصدرها الإثراء بلا سبب.

---

(١) وقد كتبنا فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى : « والقاعدة التى تقضى بأن التضامن لا يفترض صحيحة فى المسائل التجارية صحتها فى المسائل المدنية ، وإن كان كثير من الفقهاء فى فرنسا يذهبون إلى أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية بحكم العرف والعادات ، وجارتهم فى ذلك أخيراً محكمة النقض الفرنسية . أما فى مصر فنزعة القضاء تتجه إلى عدم افتراض التضامن حتى فى المسائل التجارية » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٤ ص ٥١١) . انظر أيضاً فى هذا المعنى الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٠٣ . وانظر : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ — ١١ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٩ — وقضت محكمة المنشية الوطنية بأن التضامن لا يفترض ، ولا بد من نص صريح فى القانون أو الاتفاق ، ولم يرد فى القانون التجارى ما يخالف ذلك ، ولذا اختلف فيما إذا كانت المسائل التجارية تخرج عن هذا الحكم ، فذهب رأى إلى أنها والمسائل المدنية سواء ، وذهب آخرون إلى خلاف ذلك . على أن الرأى القائل بعدم سريان المادة ١٠٨ مدنى على المسائل التجارية لا يفيد أكثر من التسامح فى استنباط الدليل على قيام رابطة التضامن أو تقرير قرينة مبدئية لمصلحة الدائن . وهو دليل يحتمل الجدل وقرينة يصح نقضها بظروف الحال كافة (٩ إبريل سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١١٤ ص١٧).

ومع ذلك قارن ألبير فاهل والدكتور كامل أمين ملش فى القانون التجارى المصرى فقرة ١٢٠ ص ٦٨ وفقرة ٦٦٢ ص ٣٥٢ — استئناف مختلط ١١ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٨ — ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٣ .

(٢) ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى عكس هذا الرأى فيقول بافتراض التضامن فى المسائل التجارية ، ويعلل اقتصار التقنين التجارى على حالات معينة نص فيها على قيام التضامن بأنها حالات عنى بها المشرع عناية خاصة لأهميتها (أحكام الالتزام فقرة ١٩٥ ص ٢٧٦) . وانظر من هذا الرأى العكسى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٠١ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٧ .

وإنما يقوم التضامن بين التجار فى الحالات التى ورد فيها نص فى القانون ، وقد وردت نصوص مختلفة بهذا المعنى فى التقنين التجارى سنذكر أهمها فيما يلى .
كذلك يقوم التضامن فى الالتزامات المدنيـة والتجارية على السواء التى يكون مصدرها عملا غير مشروع ، وتقضى بذلك المادة ١٦٩ مدنى كما سيأتى ، ويسرى هـذا الحكم بوجه خاص على المسئولية التقصيرية لأعضاء مجالس إدارة الشركات(١) .

وفيما عدا الحالات التى ورد فيها نص فى القانون يقضى بالتضامن ، لا يقوم التضامن بين التجار فى مصر ، كما قدمنا ، دون شرط يقضى به . على أن هذا الشرط الذى يقضى بالتضامن يمكن استخلاصه فى المسائل التجارية بأيسر مما يستخلص فى المسائل المدنية ، وذلك لسببين : (أولا) إذا أراد الدائن إثبات شرط التضامن فى المسائل التجارية ، فان جميع طرق الإثبات تكون مفتوحة أمامه ، فيستطيع أن يثبته بالبينة ، بل بالقرائن وحدها ، ولو زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، وذلك وفقاً للقواعد العامة للاثبات فى المواد التجارية . (ثانيا) وعندما يريد الدائن أن يثبت شرط التضامن عن طريق القرائن ، فمن أهم هذه القرائن أن يكون الالتزام قائما بين التجار فى مسألة تجارية ، فان هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة ، إذا عززتها قرائن أخرى أمكن قاضى الموضوع أن يستخلص قيام التضامن فى المسائل التجارية فى كثير من اليسر .

---

(١) ذلك أن وكالة مجلس إدارة الشركة المساهمة هى وكالة قانونية لا اتفاقية ، ومن ثم تكون مسئولية أعضاء مجلس الإدارة أمام الشركة والمساهمين والغير مسئولية تقصيرية ، فيكون جميع أعضاء مجلس الإدارة متضامنين فى هذه المسئولية (م ١٦٩ مدنى) . على أن المسئولية تكون فردية إذا قام أحد الأعضاء بمفرده بعمل ضار بالشركة أو بالغير ، دون أن يشترك معه الآخرون فى هذا الخطأ ، ودون أن يقصروا فى واجبهم من الرقابة (انظر رسالة الدكتور مصطفى كمال وصفى فى المسئولية المدنية لأعضاء مجالس الإدارة فى شركات المساهمة — القاهرة سنة ١٩٥١ ص ٣٦ — ص ٤٠) .

المطلب الثانى

نص القانون كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٩ — نصوص متناثرة فى التقنينات والتشريعات المختلفة : وليس الاتفاق وحده هو مصدر التضامن السلبي ، بل كثيراً ما يقوم التضامن بين المدينين بموجب نص فى القانون كما قدمنا . وإذا قام التضامن على نص فى القانون لم يجز أن يقاس عليه غيره ، فان أحوال التضامن القانونى مذكورة على سبيل الحصر(١).

والنصوص التى تقيم التضامن السلبي كثيرة متناثرة فى نواحى التقنينات والتشريعات المختلفة . وأهم هذه النصوص نجدها فى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين الجنائى وتقنين المرافعات . ونورد طائفة منها على سبيل التمثيل .

فنى التقنين المدنى نجد المادة ١٦٩ الخاصة بالتضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع ، والمادة ١٩٢ الخاصة بتضامن الفضوليين إذا تعددوا ، والمادة ٦٥١ الخاصة بتضامن المهندس والمقاول فى مسئوليتهما عن تهدم البناء ، والمادة ٧٠٧ الخاصة بتضامن الوكلاء إذا تعددوا ، والمادة ٧٠٨ الخاصة بتضامن الوكيل مع نائبه ، والمادة ٧١٢ الخاصة بتضامن الموكلين إذا تعددوا ، والمادة ٧٩٥ الخاصة بتضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية وفى الكفالة القانونية .

وفى التقنين التجارى نجد المواد ٢٢ و٢٣ و٢٩ و٣٠ وهى خاصة بتضامن الشركاء فى شركة التضامن وفى شركة التوصية ، والمادة ٥٧ وهى خاصة بتضامن مديرى الشركة المساهمة ، والمواد ١١٧ و١١٩ و١٣٧ وهى خاصة بتضامن الساحب للكمبيالة والمحيل والكفيل ، والمادة ٢٥٤ وهى خاصة بتضامن وكلاء التفليسة عند التعدد . وفى التقنين البحرى نجد المادة ٢٣ وهى خاصة بتضامن الكفيل مع من رسا عليه مزاد السفينة

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٥ ص ٥١١ .

وفى تقنين المرافعات نجد المادة ٣٥٧ وهى خاصة بالتضامن فى مصروفات الدعوى .

وفى التقنين الجنائى نجد المادة ٤٤ وهى خاصة بالتضامن فى الغرامات النسبية .

ونكتفى بهذا القدر من النصوص . ويمكن تقسيم الالتزامات التضامنية التى تشتمل عليها إلى التزامات مدنية والتزامات تجارية ، ثم ترتيب الالتزامات المدنية بحسب مصدرها فمنها ما هو مصدره العقد ، ومنها ما هو مصدره العمل غير المشروع ، ومنها ما هو مصدره الإثراء بلا سبب ، ومنها ما هو مصدره القانون(١). ونقول كلمة عن كل منها بهذا الترتيب ، ونقتصر فى هذه الكلمة على إبراز فكرة التضامن ، أما النص من ناحية موضوعه فيشرح فى مكانه .

١٧٠ — التزامات مدنية مصدرها العقد : هذه هى الالتزامات الناشئة من عقد المقاولة ومن عقد الوكالة .

ففى عقد المقاولة تنص المادة ١/٦٥١و٢ على ما يأتى : « (١) يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات . (٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته » . وظاهر أن مسئولية كل من المهندس المعمارى والمقاول نحو رب العمل عن سلامة البناء إنما هى مسئولية تعاقدية نشأت من عقد المقاولة ذاته . ولما كان التضامن فى الالتزامات التعاقدية — ومنها المسئولية التعاقدية ذاتها — لا يفترض كما سبق

(١) هذا ويلاحظ أن الالتزامات المدنية التى يقيم فيها القانون التضامن بنص فى التقنين المدنى لا يقتصر التضامن فيها على ما كان مدنياً منها ، بل يشمل أيضاً — ومن باب أولى — ما كان منها تجارياً وأياً كان مصدره : العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون .

القول ، فكان لابد من شرط فى عقد المقاولة أو نص فى القانون ليقيم التضامن بين المهندس المعمارى والمقاول فى هذه المسئولية ، فوجد النص المتقدم الذكر وهو يغنى عن الشرط . ومن ثم يكون المهندس المعمارى والمقاول متضامنين فى المسئولية نحو رب العمل عن سلامة البناء حتى لولم يوجد شرط يقضى بالتضامن فى عقد المقاولة ، فنص القانون هو الذى يقيم هذا التضامن .

وفى عقد الوكالة تنص المادة ١/٧٠٧ مدنى على أنه « إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً فى تنفيذها » . وهنا التزامات الوكيل ومسئوليته عن تنفيذ هذه الالتزامات منشؤها جميعاً عقد الوكالة ، فاذا تعدد الوكلاء بقيت التزامات كل منهم ناشئة من هذا العقد ، فلا يقوم التضامن بينهم إذن ، من غير شرط ، إلا بنص فى القانون ، وهو النص المتقدم الذكر . وقد اشترط النص وحدة العمل الذى تنشأ عنه المسئولية ، بأن يكون تنفيذ الوكالة غير قابل للانقسام فيكون الوكلاء وقد اشتركوا فى التنفيذ قد قاموا بعمل واحد لا يقبل التجزئة ، أو بأن يكون التنفيذ متكوناً من أعمال متفرقة ولكن الوكلاء قد اشتركوا فى عمل واحد من هذه الأعمال فارتكبوا خطأ مشتركاً . وغنى عن البيان أنه لو انفرد أحد الوكلاء بمجاوزة حدود الوكالة أو انفرد بالتعسف فى تنفيذها ، استقل وحده بالمسئولية . لأن الوكلاء الآخرين لم يشتركوا معه فى العمل الذى أوجب مسئوليته فلا يكونون متضامنين معه ، بل لا يكونون مسئولين أصلا . ثم تنص المادة ١/٧٠٨ مدنى على أنه « إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية » . وإذا كانت مسئولية الوكيل قد نشأت من عقد الوكالة ، فان مسئولية النائب نحو الموكل لم تنشأ من هذا العقد لأن الوكالة لا ترخص فى تعيين نائب فلا يربط النائب بالموكل عقد ما ، وتكون مسئوليته نحو الموكل مسئولية تقصيرية . وكان مقتضى أن تكون مسئولية الوكيل تعاقدية ومسئولية النائب تقصيرية ألا يقوم بينهما تضامن (solidarité) بل يقوم

تضامم (obligation in solidum) على ما سنرى ، ولكن النص صريح فى إنشاء التضامن بين الوكيل ونائبه بما يستتبع التضامن من نتائج أصلية ونتائج ثانوية(١). وتنص أخيراً المادة ٧١٢ مدنى على أنه « إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحداً فى عمل مشترك ، كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، ما لم يتفق على غير ذلك» . وهنا نرى أن الالتزام بتنفيذ الوكالة والقيام بهذا العمل المشترك مصدره عقد الوكالة ، فالتضامن دون شرط فى العقد لا يقوم إلا بنص فى القانون ، وهو النص المتقدم الذكر (٢).

١٧١ — التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع : تنص المادة ١٦٩ مدنى على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » . وهذا نص من النصوص الجوهرية فى التضامن ، له أهمية بالغة ومدى واسع فى التطبيق ، فهو يقضى بالتضامن فى المسئولية عن أى عمل غير مشروع . وواضح أن العمل غير المشروع قد أصبح فى العصر الحاضر مصدراً هاماً من مصادر الالتزام ، وهو يكاد يدانى العقد فى

---

(١) وتقضى الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدنى بوجود دعوى مباشرة للموكل قبل نائب الوكيل ، وهذا أدعى لتقرير التضامم دون التضامن ، فإن الموكل يستطيع أن يطالب كلا من الوكيل ونائبه بدعوى مباشرة بنفس الدين ، وهذا هو التضامم كما سنرى .

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدنى تقضى ، إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه ، بألا يكون مسئولا إلا عن خطأه فى اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات . فهل يكون ، إذا تحققت مسئوليته على هذا النحو ، متضامنا مع نائبه ؟ لم يصرح النص بالتضامن هنا كما صرح به فى الفقرة الثانية ، وليست المسئولية فى هذا الفرض ناشئة عن خطأ مشترك يوجب التضامن ، ومن ثم نرى أن المسئولية هنا تكون بالتضامم لا بالتضامن .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨١ — ٤ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢١٨ — ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ — ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٤ — ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ — ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥ .

ويترتب على ذلك أنه إذا وكل عدة أشخاص أحد المحامين فى قضية مشتركة ، كانوا جميعاً متضامنين فى التزامهم بدفع الأتعاب للمحامى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٧ — فقرة ١١٩٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٧ ص٤٢٣) — هذا والموكلون متضامنون نحو الوكيل ، حتى لو كانت الوكالة بغير أجر (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٦) .

أهميته . فوضع النص مبدأ عاما هو التضامن فى المسئولية التقصيرية ، بخلاف المسئولية التعاقدية وجميع الالتزامات الناشئة عن العقد فقد رأينا أن التضامن فيها لا يفترض ، بل يجب لقيامه شرط أو نص فى القانون(١). بل إن افتراض التضامن فى المسئولية التقصيرية بموجب النص المتقدم الذكر أقوى من افتراضه فى خصوص العقد إذا قام التضامن فيه على نص فى القانون ، ذلك أن افتراضه فى العقد بموجب نص لا يمنع من جواز الاتفاق على استبعاده ، إذ لا يعتبر

---

(١) أما فى فرنسا فلا يوجد نص عام يقابل نص المادة ١٦٩ مدنى مصرى ، ولكن يوجد نص فى التقنين الجنائى الفرنسى (م ٥٥) يقضى بالتضامن فى الغرامة والرد والتعويض والمصروفات المحكوم بها على عدة أشخاص أدينوا فى جناية أو جنحة مشتركة . ولا بد من أن يكون المحكوم عليهم قد اشتركوا جميعاً فى الجناية أو الجنحة التى حكم من أجلها ، ويقوم التضامن بينهم بحكم القانون دون حاجة لذكره فى الحكم بالإدانة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٢٧ — ٤٢٩) . يضاف إلى ذلك أن هناك قاعدة تقليدية قديمة فى القضاء الفرنسى تقضى بقيام التضامن بين الأشخاص الذين يشتركون فى ارتكاب عمل غير مشروع ، سواء كان هذا العمل جريمة جنائية أو مجرد خطأ مدنى . وتهبط جذور هذه القاعدة التقليدية إلى أغوار بعيدة من الماضى السحيق ، إذ يرجع عهدها إلى القانون الرومانى فى مبادئه الخاصة بالغش والإكراه . فقد كانت هذه المبادىء تقضى بأنه إذا اشترك عدة أشخاص فى ارتكاب إحدى هاتين الجريمتين ، كان كل منهم مسئولا عن تعويض كل الضرر الناجم عن هذا العمل ، إذ لا يخفف من مسئولية الشخص عن خطأه أن غيره أخطأ معه . ولكن إذا قام أحد الشركاء بتعويض الضرر برئت ذمة الآخرين من الالتزام بالتعويض ، إذ لم يعد هناك ضرر يستوجب أن يعوض عنه . وانتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم ، وبقيت قاعدة من قواعده الثابتة (بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٦٨) . وبالرغم من أن المادة ٥٥ من التقنين الجنائى الفرنسى لم تقم التضامن إلا فى حالة الحكم على شركاء فى جناية أو جنحة ، فخرج من نطاقها الاشتراك فى خطأ مدنى بل والاشتراك فى جناية أو جنحة إذا لم يصدر حكم جنائى بالإدانة ، فإن القضاء الفرنسى بقى مع ذلك يعمم القاعدة التى انتقلت إليه من القانون الفرنسى القديم ، فيقضى بالتضامن فى جميع الأحوال التى يشترك فيها عدة أشخاص فى ارتكاب خطأ ، سواء كان هذا الخطأ جنائياً أو كان خطأ مدنياً تقصيرياً . ويقصر القاعدة التى تقضى بأن التضامن لا يفترض على نطاق الالتزامات التعاقدية ، ويتلمس النص القانونى الذى يعوزه لإقامة التضامن فى المادة ٥٥ من التقنين الجنائى عن طريق القياس . وتنقل القضاء الفرنسى فى تأصيل قاعدته — وهى تقضى بمسئولية أى من الشركاء فى العمل غير المشروع عن تعويض كل الضرر — من فكرة الالتزام غير القابل للانقسام إلى فكرة التضامن ، ثم من فكرة التضامن إلى فكرة التضامم (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٩ — فقرة ١٠٧٠) — وانظر فى انقسام الفقه الفرنسى فى هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٠١ — فقرة ١٣٠٢ .

التضامن هنا من النظام العام . فيجوز إذن أن يشترط فى عقد المقاولة إلا يكون المهندس المعمارى والمقاول متضامنين فى المسئولية ، وفى عقد الوكالة إلا يكون الوكلاء المتعددون أو الوكيل ونائبه أو الموكلون المتعددون متضامنين فى المسئولية. أما التضامن فى المسئولية التقصيرية فهو من النظـام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه (١) .

وقد سبق أن عالجنا التضامن فى المسئوليـة التقصيرية(٢) ، فنجتزىء هنا بالإشارة إلى أنه حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين عن عمل غير مشروع يجب أن تتوافر شروط ثلاثة : (١) أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ (٢) وأن يكون الخطأ الذى ارتكبـه كل منهم سبباً فى إحداث الضرر (٣) وأن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطأه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد(٣) . ولا يلزم بعد ذلك أن يكون هناك تواطؤ مابين المسئولين، أو أن ترتكب الأخطاء فى وقت واحد(٤). ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملا واحداً أو جريمة واحدة(٥) ، فقد يكون أحدهما عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامة الأخطاء فيقترن خطأ جسيم

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٩٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٣٠ .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٠ : وقد ذكرنا بنوع خاص أن التضامن فى المسئولية التقصيرية كان مقرراً أيضاً بنص فى التقنين المدنى السابق ، وأنه يقوم دون حاجة إلى ذكره فى الحكم (الوسيط جزء أول ص ٩٢٩ هامش رقم ٣) ، وأن المسئولية تضامنية فى القانون المصرى بخلاف القانون الفرنسى فهى مسئولية تضامية (الوسيط جزء أول ص ٩٢٠ هامش رقم ١) .

(٣) فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة ، ثم جاء لص آخر فسرق بعض الآلات ، لم يكن اللصان متضامنين ، لأن كلا منهما أحدث بخطأه ضرراً غير الضرر الذى أحدثه الآخر (الوسيط جزء أول ص ٩٢٦) .

(٤) فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب ليستحضر ما يستعين به على السرقة، فأتى لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (الوسيط جزء أول ص ٩٢٦) .

(٥) فقد يكون أحد الخطأين سرقة والخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، أو يكون الخطأ الأول جناية قتل والخطأ الآخر جنحة ضرب (انظر فى قضاء محكمة النقض فى هذه المسائل الوسيط جزء أول ص ٩٢٦ هامش رقم ٣) .

بخطأ يسير ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثانى مدنياً ، أو يكون أحدهما عملا ويكون الآخر امتناعا عن عمل(١) . وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً وبعضها مفترضاً .

ومتى تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع على هذا النحو ، كانوا جميعاً متضامنين فى المسئولية ، فيستطيع المضرور أن يطالبهم جميعاً بالتعويض ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء ويطالبه بالتعويض كاملا . ويرجع من دفع التعويض على الباقى ، كل بقدر نصيبه حسب جسامة الخطأ الصادر منه(٢) . فان تعادلت الأخطاء فى الجسامة ، أو لم يمكن تعيين مقدار الجسامة فى كل خطأ ، كان نصيب كل منهم فى التعويض مساوياً لنصيب الآخر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى(٣) .

ويلحق بالتضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع تضامن المحكوم عليهم فى الغرامات النسبية التى حكم عليهم بها ، وإن كانت الغرامة تختلف عن التعويض فى أنها عقوبة ، ولكنها عقوبة مالية ، وفى هذه الصفة المالية وفى أنها جزاء على عمل غير مشروع تتلاقى مع التعويض . وقد نصت المادة ٤٤ من تقنين العقوبات على أنه « إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد بجريمة واحدة ، فاعلين كانوا أو شركاء ، فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراده ، خلافا للغرامات النسبية فانهم يكونون متضامنين فى الإلزام بها ، مالم ينص الحكم على خلاف

---

(١) مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً ، فيدخل اللص ويسرق المنزل . فنى هذه الحالة يكون اللص والخادم متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائى والآخر مدنى ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل (الوسيط جزء أول ص ٩٢٧) .

(٢) وقد يكون أحد المسئولين هو الذى يتحمل التعويض كله فى النهاية ، كما إذا اختل أساس منزل الجار من جراء هدم جاره لمنزله وإعادة بنائه ، فللجار المضرور فى هذه الحالة الرجوع على جاره والمقاول متضامنين بسبب العمل غير المشروع ، ثم يرجع الجار على المقاول إذا كان بينهما اتفاق على أن يتحمل المقاول المسئولية وحده (استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ إبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ — على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت فى بعض أحكامها بأن المتبوع مسئول مع التابع مسئولية تضامية لا مسئولية تضامنية (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٧٥) .

ذلك » . والأصل فى العقوبات أن تكون شخصية لا تضامن فيها ، والغرامة عقوبة وكان ينبغى أن تكون شخصية ، ولكن المشرع هنا خرج على هذا المبدأ العام فقارب بين الغرامة والتعويض ، وأجاز التضامن فى الغرامة فى حالة معينة هى أن تكون هذه الغرامة نسبية . والغرامة النسبية غرامة لا يعين المشرع مقداراً محدداً لها ، بل يجعلها تناسب ما حصل عليه الجانى من الجريمة التى ارتكبها ، وأكثر ما تكون عقوبة تكميلية . نصت المادة ١٠٨/١ عقوبات على أن « من رشا موظفا والموظف الذى يرتشى ومن يتوسط بين الراشى والمرتشى يعاقبون بالسجن ، ويحكم على كل منهم بغرامة تساوى قيمة ما أعطى أو وعد به » . ونصت المادة ١١٢ عقوبات على أن « كل من تجارى من مأمورى التحصيل أو المندوبين له أو الأمناء على الودائع أو الصيارفة المنوطين بحساب نقود أو أمتعة على اختلاس أو إخفاء شىء من الأموال الأميرية أو الخصوصية التى فى عهدته ، أو من الأوراق الجارية مجرى النقود ، أو غيرها من الأوراق والسندات والعقود ؛ أو اختلس شيئاً من الأمتعة المسلمة إليه بسبب وظيفته ، يحكم عليه فضلا عن رد ما اختلسه بدفع غرامة مساوية لقيمة ذلك ، ويعاقب بالسجن » . ومع ذلك قد تكون الغرامة النسبية عقوبة أصلية ، فقد نصت المادة ٢٠٤ عقوبات ، فى حالة من يأخذ مسكوكات مزورة أو مغشوشة بصفة أنها جيدة ويتعامل بها ، على ما يأتى : « ومع ذلك من استعمل تلك المسكوكات بعد أن تحققت له عيوبها يجازى بدفع غرامة لا تتجاوز ستة أمثال المسكوكات المتعامل بها » . فاذا تعدد المحكوم عليهم فى إحدى الجرائم المتقدمة الذكر ، كانوا جميعاً متضامنين فى الغرامة المحكوم بها ، إلا إذا نص فى حكم الإدانة على تقسيم الغرامة فيما بينهم دون تضامن . والنص على التقسيم جوازى للقاضى ، فان لم ينص عليه كان التضامن قائماً بين المحكوم عليهم بحكم القانون . إلا أنه يلاحظ فى جريمة الرشوة أنه يتعين على القاضى أن يحكم على كل من المرتشى والراشى والوسيط بغرامة تساوى قيمة الرشوة ، فهنا التضامن إجبارى من جهة ، ومن جهة أخرى لا تنقسم الغرامة الواحدة على المحكوم عليهم بل كل منهم يدفع الغرامة كاملة ولا يرجع بشىء منها على أحد من شركائه .

١٧٢ — التزامات مدنية مصدرها الاثراء بلا سبب : وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ مدنى على ما يأتى : «و إذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين فى المسئولية» . وهذا التضامن نظير للتضامن الذى قررته المادة ١/٧٠٧ إذا تعدد الوكلاء فيما مر ، والفضولى أقرب ما يكون إلى الوكيل . وعلى الفضولى التزامات أربعة : المضى فى العمل الذى بدأ به ، وإخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يستطيع ذلك ، وبذل عناية الشخص المعتاد فى القيام بالعمل ، وتقديم حساب لرب العمل مع رد ما استولى عليه بسبب الفضالة . وأغلب هذه الالتزامات مصدرها القانون ، بناها على عمل مادى صدر من الفضولى(١). ولكن يوجد بين هذه الالتزامات التزام — هو رد الفضولى لما استولى عليه بسبب الفضالة — يمكن القول بأن مصدره هو الإثراء بلا سبب . ففى هذا الالتزام لو تعدد الفضولى يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص المتقدم الذكر . وفى الالتزامات الأخرى التى مصدرها القانون يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص نفسه(٢). وهذه أمثلة على الالتزامات المدنية التى مصدرها القانون تضاف إلى أمثلة أخرى سنوردها فيما يلى.

وتنص المادة ٧٩٥ مدنى على أنه « فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين » . والكفالة القانونية هى ما ينص القانون على وجوب تقديمها ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦٧ من تقنين المرافعات من أن « النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية ، سواء أكانت قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين وذلك بشرط تقديم كفالة » . والكفالة القضائية هى ما يجعل القانون للقاضى جواز أن يحكم بها . ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٧٠ من تقنين المرافعات من أنه « يجوز الأمر بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بدونها ، سواء أكان الحكم قابلا للمعارضة أم للاستئناف

---

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٨٧٧ .

(٢) ويلاحظ أن القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل إذا تعددوا كما نص على تضامن الموكلين عند التعدد فى المادة ٧١٢ مدنى . والسبب فى ذلك أن الموكلين قد جمعهم عقد واحد فالتضامن بينهم مستساغ . أما أرباب العمل فلم تجمعهم رابطة إلا عمل الفضولى نفسه فلن أن توجد بينهم رابطة تسوغ قيام التضامن (الوسيط جزء أول فقرة ٨٩٧ ص ١٢٦٩) .

أم طعن فيه بهاتين الطريقتين ، فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان الحكم مبنيا على سند عرفى لم يجحده المحكوم عليه (٢) إذا كان الحكم صادراً فى دعاوى الحيازة (٣) إذا كان الحكم صادراً لمصلحة طالب التنفيذ فى منازعة متعلقة به » . فالمادة ٧٩٥ مدنى سالفة الذكر ، فى كل من الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، نصت على تضامن الكفيل مع المكفول (أى طالب التنفيذ) وعلى تضامن الكفلاء فيما بينهم إذا تعددوا . وظاهر أن مصدر الالتزام بتقديم الكفيل ، قانونيا كان أو قضائيا ، هو القانون . أما مصدر التزام الكفيل نفسه فهو عقد كفالة بينه وبين المكفول له أى الخصم المحكوم عليه لصالح الخصم طالب التنفيذ . وأما ما تضامن فيه الكفيل مع المكفول ومع الكفلاء الآخرين إذا تعددوا فهو التزام برد ما استولى عليه المكفول عن طريق الحكم المشمول بالنفاذ المعجل فيما إذا ألغى هذا الحكم ، ومصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب .

١٧٣ — التزامات مرئية مصدرها القانونه : نضيف إلى التزامات الفضولى التى مصدرها القانون فيما قدمناه التزام المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى . فقد نصت المادة ٣٥٧ من تقنين المرافعات على أن «يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، ويدخل فى هذه المصاريف مقابل أتعاب المحاماة . وإذا تعدد المحكوم عليهم ، جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالسوية أو بنسبة مصلحة كل منهم فى الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة ، ولا يلزمون بالتضامن فى المصاريف إلا إذا كانوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى به » . فهنا التزم المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى بموجب نص فى القانون هو النص الذى ذكرناه ، وقد أوجب هذا النص ذاته تضامن المحكوم عليهم بالمصروفات إذا تعددوا فى حالة واحدة هى أن يكونوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى به ، فمتى كانوا متضامنين فى هذا الالتزام كانوا أيضاً متضامنين فى مصروفات الدعوى التى قضى فيها عليهم بوفاء التزامهم (١) . وفى غير هذه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٣٢ من تقنين المرافعات القديم (م ٢٤٨ جديد) إذ نصت على أن تقدير أجر الخبير يكون نافذاً على الخصم الذى طلب تعيين أهل الخبرة ، ومن بعد صدور الحكم فى الدعوى يكون نافذاً أيضاً على من حكم عليه بالمصروفات ، فإنها لا تلزم =

الحالة تنقسم المصروفات عليهم دون تضامن ، كل بنسبة مصلحته فى الدعوى حسب تقدير المحكمة أو بالتساوى فيما بينهم(١).

١٧٤ — التزامات تجارية وبحرية : وهناك التزامات نص فيها التقنين التجارى والتقنين البحرى على قيام التضامن بين المدينين.

ففى الشركات نصت المادة ٢٢ من التقنين التجارى على أن « الشركاء فى شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ، ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم ، إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة » . فهنا نص القانون على أن الشركاء فى شركة التضامن مسئولون بالتضامن فى أموالهم الشخصية عن جميع التزامات الشركة(٢) . ونصت المادة ٢٣ تجارى على أن « شركة التوصية هى الشركة التى تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين

= المحكوم له فى الدعوى بأتعاب الخبير بالتضامن مع المحكوم عليه بالمصروفات (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الخصم الذى طلب تعيين الخبير والخصم المحكوم عليه بأتعاب الخبير يكونان متضامنين (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥٩) .

وفى فرنسا يقوم التضامن فى المصروفات فى الجنائية طبقاً للمادة ٥٥ من التقنين الجنائى الفرنسى ، أما فى المواد المدنية فلا يقوم التضامن فى المصروفات إلا إذا حكم بها جميعاً على كل من المحكوم عليهم كجزء من التعويض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٠) .

(١) ويوجد مثل آخر للتضامن فى التزام قانونى ، فقد نصت المادة ٥٩ من قانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ (الخاص بضريبة إيرادات رؤوس الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل) على أنه « يجب عند التنازل عن كل أو بعض المنشآت تبليغ مصلحة الضرائب عن هذا التنازل فى مدى ستين يوماً من تاريخ حصوله ، ويكون كل من المتنازل والمتنازل له مسئولا بالتضامن عما يستحق من ضرائب على المنشأة المتنازل عنها إلى تاريخ التنازل » (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٨) .

(٢) وهناك من يذهب إلى أن دائن الشركة يرجع بجميع حقه على الشركة أو على أى من الشركاء فى ماله الخاص ، فالشركة والشركاء متضامنون جميعاً فى ديون الشركة . وهناك من يذهب إلى أن الدائن لا يرجع على أى من الشركاء فى ماله الخاص قبل أن يحصل على حكم بالدين على الشركة ذاتها ، وهذا الحكم يمكن تنفيذه على أموال الشركة وعلى أموال كل من الشركاء . وهناك أخيراً من يذهب إلى أن الدائن لا يستطيع الرجوع على أحد من الشركاء قبل الرجوع على الشركة ذاتها أو فى القليل قبل إعذارها ، إذ الشركاء متضامنون فيما بينهم ولكنهم غير متضامنين مع الشركة بل يعتبرون فى حكم الكفلاء لها .

ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون موصين » . ونصت المادة ٢٩ تجارى على أنه « إذا أذن أحد الشركاء الموصين بدخول اسمه فى عنوان الشركة ، خلافاً لما هو منصوص عليه فى المادة ٢٦ ، فيكون ملزوماً على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات الشركة » . ففي شركة التوصية إذن يوجد شركاء مسئولون بالتضامن عن جميع ديون الشركة ، ويدخل فى هؤلاء الشركاء الموصون إذا أذنوا بدخول أسمائهم فى عنوان الشركة . وتضيف المادة ٣٠ تجارى حالة أخرى يكون فيها الشركاء الموصون مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة فتقول : « وكذلك إذا عمل أى واحد من الشركاء الموصين عملا متعلقاً بادارة الشركة يكون ملزوماً على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى أجراه . ويجوز أن يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بجميع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامة أعماله ، وعلى حسب ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال » . ونصت المادة ٥٧ تجارى على أن « يلزم إعلان المشارطة الابتدائية لشركة المساهمة ونظامها والأمر المرخص بايجادها ، ويكون إعلان ذلك بتعليقه فى المحكمة الابتدائية مدة الوقت المعين آنفاً ونشره فى إحدى الجرائد . وإن لم يحصل ذلك ألزم مديرو الشركة بديونها على وجه التضامن ، ووجب عليهم التعويضات أيضاً » . فهذه حالة نص فيها القانون على تضامن مديرى الشركة المساهمة فى المسئولية عن ديونها إذا وقع منهم تقصير فى واجبهم من إعلان عقد الشركة ونظامها والأمر المرخص بايجادها . هذا ويلاحظ أن الشركة المدنية لا تضامن بين الشركاء فيها فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ١/٥٢٤ مدنى) .

وفى الكمبيالات تنص المادة ١١٧ من التقنين التجارى (١) على ما يأتى : ساحب « الكمبيالة والمحيلون المتناقلون لها يكونون مسئولين على وجه التضامن عن القبول والدفع فى ميعاد الاستحقاق » . فهذا نص فى القانون يقيم التضامن بين ساحب الكمبيالة والمحيلين المتعاقبين لها فى مسئوليتهم عن قبول المسحوب عليه للكمبيالة

---

(١) وانظر أيضا المادة ١٨٩ تجارى بالنسبة إلى السندات تحت الإذن أو التى لحاملها .

وعن دفعه إياها فى ميعاد الاستحقاق . فاذا لم يقبل المسحوب عليه الكمبيالة ، وأعلن بروتستو عدم القبول رسميا ، « وجب — كما تقول المادة ١١٩ تجارى — على المحيلين المتناقلين والساحب على وجه التعاقب أن يقدموا كفيلا ضامنا لدفع قيمة الكمبيالة فى الميعاد المستحق فيه الدفع ، أو يدفعوا قيمتها مع مصاريف البروتستو ومصاريف الرجوع ، ولا يكون الكفيل متضامنا إلا مع من كفله سواء كان الساحب أو المحيل » . ثم إن المادة ١٣٧ تجارى تنص أيضا على أن « ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن(١) »

وفى الإفلاس نصت المادة ٢٥٤ تجارى على أن وكلاء الدائنين (أى السنديك إذا تعدد) متضامنون فيما يتعلق باجراءات إدارتهم » .

وفى بيع السفينة نصت المادة ١/٢٣ من التقنين البحرى على أنه « يجب على الراسي عليه مزاد السفينة من أية حمولة كانت أن يدفع فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت مرسى المزاد ثلث الثمن الذى رسا به المزاد عليه أو يسلمه إلى صندوق المحكمة ، ويؤدى كفيلا معتمداً بالثلثين يكون له محل بالقطر المصرى ويضع إمضاءه مع المكفول على السند ، ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلثين المذكورين فى ميعاد أحد عشر يوماً من يوم مرسى المزاد(٢) » .

---

(١) انظر أيضا المادة ١٣٩ تجارى وتجعل الضامن ضماناً احتياطياً (avale) مسئولا على وجه التضامن .

(٢) هذا وقد وردت نصوص أخرى تقيم التضامن بين المدينين المتعددين فى مسائل متفرقة ، كالنصوص التى وردت فى خصوص الخسارة البحرية ، وفى بيع المحل التجارى ، وفى قانون العمل الفردى ، وفى قانون إصابات العمل .

وورثة المدين لا يكونون متضامنين فى القانون الفرنسى ، بل ينقسم الدين عليهم ، أما فى القانون الألمانى فهم متضامنون (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٠) . وفى مصر ، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، تكون التركة مسئولة عن جميع الديون ، بل لا تركة إلا بعد سداد الدين ، ومن ثم يبقى كل جزء من التركة مسئولا عن كل الدين . إلا أنه إذا خضعت التركة لإجراءات التصفية المنصوص عليها فى المواد ٨٧٦ — ٩١٣ مدنى ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة على الورثة مع ترتيب تأمينات كافية ورد ذكرها فى المادة ٨٩٥ من التقنين المدنى .

المطلب الثالث

وحدة المحل وتعدد الروابط — الالتزام التضامنى (Obligation in solidum)

١٧٥ — وحدة المحل وتعدد الروابط : والتضامن بين المدينين ، كالتضامن بين الدائنين ، يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(١) .

فتعدد المدينين من شأنه أن يجعل الروابط متعددة ، فالدائن يرتبط بكل مدين بموجب رابطة مستقلة عن الروابط التى تربطه بالمدينين الآخرين . ومظاهر التعدد فى روابط المدينين بالدائن فى التضامن السلبى هى نفس مظاهرها فى روابط الدائنين بالمدين فى التضامن الإيجابى ، على ما مر . ويترتب على ذلك :

(١) يجوز أن تكون إحدى هذه الروابط موصوفة والأخرى بسيطة ، كما يجوز أن يلحق إحدى الروابط وصف ويلحق رابطة أخرى وصف آخر . ومن ثم يصح أن يكون أحد المدينين المتضامنين مديناً تحت شرط ، والآخر التزامه منجز أو مضاف إلى أجل . فلا يطالب الدائن المدين تحت شرط إلا عند تحقق الشرط ، ولا المدين المؤجل دينه إلا عند حلول الأجل ، ويطالب فوراً من كان دينه منجزاً . وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدنى إذ تقول : « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » . ويجوز أيضا ، على هذا النحو ، أن يكون مكان الأداء لأحد المدينين غير مكان الأداء للمدينين الآخرين(٢) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٢٨ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويناط تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والإيجابى على حد سواء بفكرتين استنبطهما الفقه ، هما فكرة وحدة الدين وفكرة تعدد الروابط . فلكل مدين متضامن أن يوفى الدين بأسره ويكون وفاؤه هذا مبرئاً لذمة الباقين . وعلى هذا النحو لا يكون من حق الدائن أن يطالب بالوفاء بكل الدين فحسب ، بل ويكون من واجبه كذلك أن يقبل أداءه ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك فى التضامن الإيجابى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٦ ص ٤٤٥ .

(٢) ويجوز أن يشوب إحدى الروابط عيب فى الإرادة أو نقص فى الأهلية وتكون الروابط الأخرى غير مشوبة بشيء من ذلك ، كما يجوز أن تكون إحدى الروابط باطلة والروابط الأخرى صحيحة ، أو يكون بعضها باطلا وبعضها قابلا للابطال وبعضها صحيحاً . فكل رابطة من الروابط المتعددة تستقل بعيوبها. ثم إن بعض الروابط قد يكون قابلا للفسخ ، وبعض آخر لا يقبل الفسخ .

(٣) ويجوز أخيراً أن تنقضى إحدى الروابط دون أن تنقضى الروابط الأخرى . وسنرى ذلك فى أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء ، فتنقضى إحدى الروابط بالمقاصة مثلا مع بقاء الروابط الأخرى قائمة .

ولكن لما كان المدينون جميعاً متضامنين فى دين واحد . فانه بالرغم من تعدد روابطهم مع الدائن يكون الالتزام موحد المحل ، فالروابط متعددة والمحل واحد . ووحدة المحل هذه هى التى تحتفظ للالتزام بوحدته رغم تعدد المدينين ، وإلا لانقسم الدين على هؤلاء المدينين ولكان التزاما متعدد الأطراف (obligation conjointe) من ناحيـة المدين كما سبق القول . وتعدد الروابط ووحدة المحل فى التضامن السلبى هما ، كما فى التضامن الإيجابى ، المحور الذى تدور عليه جميع أحكام التضامن كما سنرى .

١٧٦ — الالتزام التضامى (obligation in solidum)[1] : وإذا كان الالتزام التضامنى obligation solidaire متعدد الروابط ولكنه موحد المحل ، فانه أيضا موحد المصـدر . فاذا كان التضامن مصدره الاتفاق ، فان الالتزام التضامنى الذى يجمع مابين المدينين المتضامنين هو التزام محله واحد وهو الدين ، ومصدره واحد وهو العقد . وإذا كان التضامن مصـدره نص فى القانون ، كما فى التزام الوكلاء المتعددين أو الالتزام عن عمل غير مشروع ، فان مصـدر الالتزام التضامنى هو عقد وكالة واحد أو عمل غير مشروع صدر من أشخاص

---

(١) سميناه فى الجزء الأول من الوسيط « المسئولية المجتمعة » ، ونؤثر الآن أن نسميه « الالتزام التضامى » (obligation in solidum) لنقابل به « الالتزام التضامنى » (obligation solidaire) .

متعددين فأحدث ضرراً واحداً(١) .

ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً . مثل ذلك مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى من أنه « إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » . فهنا وجد كفلاء متعددون ، وكل منهم قد التزم فى عقد مستقل بكفالة دين واحد ، فالروابط التى تربط الكفلاء المتعددين بالدائن روابط متعددة إذ كل كفيل منهم تربطه بالدائن رابطة مستقلة ، ومصدر التزام كل كفيل هو أيضاً متعدد إذ التزم الكفلاء بعقود متوالية ، ولكن الدين الذى التزم كل بأدائه هو دين واحد : الروابط إذن متعددة ، والمصدر متعدد ، والمحل واحد . فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن ، لأن التضامن يقتضى أن يكون المصدر واحداً لا متعدداً كما قدمنا . ولكن لما كان كل منهم ملزماً بنفس الدين ، فقد تضامت ذممهم جميعاً فى هذا الدين الواحد دون أن تتضامن ، فالالتزام يكون التزاماً تضاممياً (obligation in solidum) لا التزاما تضامنياً (obligation solidaire) (٢).

---

(١) وقد رأينا فيما يتعلق بالعمل غير المشروع أنه قد يتعدد الخطأ ، ولكن مادام الضرر يجب أن يكون واحدا ، والضرر هو أحد أركان المسئولية التقصيرية ، فوحدة الضرر قد تتغلب على تعدد الخطأ ، فيتوحد المصدر وتكون المسئولية تضامنية إذا وجد نص فى القانون يقضى بالتضامن ، كما فعل التقنين المدنى المصرى (م ١٦٩) . وقد يتغلب تعدد الخطأ على وحدة الضرر فيتعدد المصدر وتكون المسئولية تضاممية مادام لا يوجد نص فى القانون يقضى بالتضامن ، كما هى الحال فى القانون الفرنسى .

(٢) بدأ الفقه فى فرنسا بالتمييز بين التضامن الكامل (solidarité parfaite) والتضامن الناقص (solidarité imparfaite) ، وانقسم الفقهاء فى تحديد فيصل التفرقة بين هذين النوعين من التضامن بين رأيين : (١) رأى قال به مورلون (Mourlon) ، إذ ذهب إلى أن التضامن يكون كاملا إذا وجدت بين المدينين المتضامنين مصلحة مشتركة بحيث يمكن أن يمثل كل منهم الآخرين . أما إذا كان المدينون المتضامنون لا توجد بينهم مصلحة مشتركة ولا يعرف بعضهم بعضا ولا يمكن القول بأن كلا منهم يمثل الآخرين ، فالتضامن فى هذه الحالة يكون ناقصاً (مورلون ٢ فقرة ١٢٦٠) . (٢) ورأى قال به أوبرى ورو ، إذ ذهبا إلى أن هناك نصوصاً تقيم التضامن مباشرة بين المدينين وهذا هو التضامن الكامل ، وهناك نصوص تقتصر على أن تجعل للدائن الحق فى أن يطالب مدينين متعددين بدين واحد وهذا هو التضامن الناقص (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا ص ٣١ — ص ٣٢ وتعليق بارتان فى هامش رقم ٦) . =

والذى يميز الالتزام التضامى عن الالتزام التضامنى أن المدينين المتضامين فى الالتزام الأول لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين فى الالتزام الثانى . ذلك أن التضامن يقتضى كما قدمنا وحدة المصدر ، ووحدة المصدر هذه هى التى تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين . أما فى الالتزام التضامى فالمصدر متعدد ، فلا محل إذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامين . وفى المثل المتقدم التزم كل كفيل بعقد مستقل ، فلم تكن هناك مصلحة مشتركة ما بين هؤلاء الكفلاء المتعددين ، وإنما يجمعهم كلهم دين واحد ، فكل منهم ملتزم بأدائه .

ولهذا التمييز أهمية كبيرة فى تعيين الآثار التى تترتب على التضامم فى الالتزام وتلك التى تترتب على التضامن فيه . أما الآثار التى تترتب على التضامم فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف ، إذ كل من المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين . فيترتب على ذلك بداهة أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين ، وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين . كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن كل الدين ، فتبرأ بذلك ذمة الآخرين . أما فيما

= ولكن ما لبث الفقه الفرنسى أن هجر هذا التمييز بين تضامن كامل وتضامن ناقص . إذ لا يوجد إلا نوع واحد من التضامن هو التضامن الكامل . أما ما يسمى بالتضامن الناقص فليس نوعا آخر من التضامن ، بل هو نظام قانونى مستقل كل الاستقلال عن نظام التضامن (solidarité) ، وتمكن تسميته بنظام التضامم (in solidum) . ونظام التضامن يقوم على الاتفاق أونص القانون . أما نظام التضامم فيقوم على طبيعة الأشياء ، حيث يجعل القانون مدينين متعددين مسئولين عن دين واحد نحو دائن واحد ، فيكون هؤلاء المدينون متضامين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم . وليس الالتزام التضامى هو فى الأصل التزام تضامنى نزل درجة بعد أن استبعدت منه فكرة النيابة التبادلية ، بل إن للالتزام التضامنى منطقة خاصة به وللالتزام التضامى منطقة أخرى لا تتلاقى مع المنطقة الأولى . والنظامان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وليس الثانى مشتقاً من الأول . وإذا كانت المصلحة المشتركة بين المدينين المتعددين منعدمة فى نظام التضامم ، فذلك راجع إلى أنه لا توجد رابطة تربط ما بين هؤلاء المدينين ، وكل ما يجمع بينهم أن كلا منهم مسئول عن نفس الدين نحو نفس الدائن (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٤٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٨٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٧١) . ويثور دى باج على فكرة الالتزام التضامى ثورة عنيفة (انظر دى باج ٣ فقرة ٣٣٠) ، بينما يدافع عنها دريدا (Derrida) دفاعاً قوياً (انظر أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ solidarité فقرة ١٣١ — فقرة ١٥٧) .

يتعلق برجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض ، فهذا يتوقف على ما بينهم من علاقة . فالكفلاء الذين كفلوا مديناً واحداً بعقود متوالية ، إذا وفى أحدهم الدين كله للدائن برئت ذمة الكفلاء الآخرين من هذا الدين نحو الدائن ، ولكن يجوز للكفيل الذى دفع الدين أن يرجع بدعوى الحلول عليهم ليطالب كلا منهم بحصته فى الدين ، كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلى . أما إذا وفى المدين الدين لدائنه فانه لايرجع على أحد من الكفلاء ، لأنه إنما دفع دين نفسه .

والآثار التى تترتب على التضامن فى الالتزام ، حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامنين ، أبعد مدى من ذلك . فسنرى أن أى مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين ، وإذا وفاه برئت ذمة الآخرين ، ويكون له فى الغالب حق الرجوع عليهم كل بقدر نصيبه . ولا يقتصر الأمر على ذلك . إذ أن هناك مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامنين كما قدمنا ، وهذه المصلحة هى التى تبرر مبدأ أساسياً فى التضامن يقضى بأن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ، ولولا وجود هذه المصلحة المشتركة لما كان هناك محل لتمثيل المدينين الآخرين لا فيما يضر ولا فيما ينفع .

ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل فى الالتزام التضامى حتى فيما ينفع ، إذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين . فاذا أعذر أحد الكفلاء المتوالين الدائن ، لم يكن الدائن معذراً بالنسبة إلى الكفلاء الآخرين . وإذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقون . وقل مثل ذلك فى سائر الآثار التى تدعى بالآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن ، والتى سيأتى بيانها تفصيلا فيما يلى (١) :

١٧٧ — أمثلة للالتزام التضامى فى القانون المصرى : وقد أوردنا مثالا واحداً للالتزام التضامى ، هو التزام الكفلاء المتعددين بعقود متوالية ، ونعزز هذا المثال بأمثلة أخرى :

---

(١) استئناف مختلط فى ١٤ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ١٣ .

(١) إذا كان الدائن بالنفقة الواجبة قانوناً يستطيع أن يطالب بها مدينين متعددين ، بأن تكون النفقة واجبة قانوناً على كل منهم ، استطاع مستحق النفقة أن يرجع بها على أيهم ، ويكون الجميع مدينين متضامنين ، لأنهم جميعاً مسئولون عن دين واحد . فالمحل واحد ، ولكن الروابط متعددة ، وكذلك المصدر متعدد إذ كل من هؤلاء المدينين تربطه بالدائن رابطة من القرابة تختلف عن رابطة القرابة التي تربط الدائن بالآخرين وهذه الرابطة هي مصدر التزامه بدين النفقة .

(٢) قد يكون اثنان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين ، بأن يكون أحدهما مسئولا بموجب عقد ويكون الآخر مسئولا بمقتضى القانون . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠ من التقنين البحرى من أن « كل مالك لسفينة مسئول مدنياً عن أعمال قبودانها ، بمعنى أنه ملزم بدفع الخسارة الناشئة عن أى عمل من أعمال القبودان وبوفاء ما التزم به القبودان المذكور فيما يختص بالسفينة وتسفيرها » . فقد قرر هذا النص مسئولية مالك السفينة عن أعمال القبودان غير المشروعة وعن التزاماته التعاقدية فيما يختص بالسفينة وتسفيرها . أما مسئولية مالك السفينة عن أعمال القبودان غير المشروعة فهذه مسئولية المتبوع عن التابع فى نطاق المسئولية التقصيرية ، ولذلك يكون الاثنان متضامنين فى هذه المسئولية عن العمل غير المشروع وفقاً لأحكام المادة ١٦٩ مدنى ، ويكون هذا مثلا للتضامن فى الالتزام لا للتضام فيه . ولكن مسئولية مالك السفينة عما يبرمه القبودان من عقود خاصة بالسفينة وتسفيرها ، فهذه مسئولية تضامية لا تضامنية ، لأن التضامن فى المسئولية العقدية لا بد فيه من نص القانون ، والنص هنا مقصور على جعل مالك السفينة مسئولا عن وفاء ما التزم به القبودان ولم يصرح بقيام التضامن بينهما ، أى أنه اقتصر على جعل كل من المالك والقبودان مسئولا عن نفس الدين وهذا هو التضام .

(٣) كذلك يقوم الالتزام التضامى فى المسئولية العقدية عن الغير . وتتحقق هذه المسئولية إذا استخدم المدين بعقد شخصاً غيره فى تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية عن خطأ هذا الشخص فى تنفيذ العقد (١) .

---

(١) انظر فى المسئولية العقدية عن الغير الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ — فقرة ٤٣٣ .

فالمؤجر مسئول عن تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن عقد الإيجار نحو المستأجر ، وقد يعهد إلى بواب بتنفيذ بعض من هذه الالتزامات . فاذا قصر البواب فى تنفيذها ، بأن أهمل مثلا فتسبب عن إهماله أن سُرق المستأجر ، أو أضاع المراسلات الموجهة إلى هذا المستأجر ، كان هذا خطأ يستوجب مسئولية البواب . ولما كان المؤجر مسئولا هو أيضاً عن هذا الخطأ مسئولية عقدية ، فالالتزام بتعويض المستأجر فى هذه الحالة واجب على البواب بخطأه ، ثم إن نفس الالتزام واجب أيضاً على المؤجر بمقتضى مسئوليته عن البواب . فهذا التزام واحد ، له مدينان . ولا يمكن القول بأنهما متضامنان ، فالتضامن مع المؤجر فى مسئوليته العقدية لابد فيه من نص . ولكن مميزات الالتزام التضامنى قد توافرت هنا : محل واحد وروابط متعددة ومصادر متعددة . فدين التعويض محله واحد بالنسبة إلى كل من المؤجر والبواب . وهناك رابطتان مختلفتان ، إحداهما تربط المستأجر بالمؤجر ، والأخرى تربط المستأجر بالبواب . ومصدر التزام البواب خطأه التقصيرى ، أما مصدر التزام المؤجر فمسئوليته العقدية عن الغير (١) .

(٤) فى المثلين المتقدمين رأينا أن شخصين يلتزمان بدين واحد بموجب مصدرين مختلفين . فمالك السفينة مسئول عن تنفيذ العقد الذى

---

(١) وقد بينا عند الكلام فى المسئولية العقدية عن الغير فى الجزء الأول من الوسيط أن هذه المسئولية قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره فى تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضر بالدائن فى الالتزام العقدى . فيوجد إذن المسئول وهو المدين فى الالتزام العقدى ، والمضرور وهو الدائن فى الالتزام ، والغير وهم الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه . وتقوم المسئولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضرور وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمؤجر مسئول عن البواب قبل المستأجر : المسئول هنا هو المؤجر ، والمضرور هو المستأجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو البواب . ويتبين من ذلك أن هناك حدين لنطاق المسئولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضرور عقد صحيح ، والحد الثانى أن يكون الغير معهوداً إليه فى تنفيذ هذا العقد . ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر فى حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه . فيكون الغير مسئولا عن تعويض هذا الضرر مسئولية تقصيرية إذ لا عقد يربطه بالمضرور ، أما المرتبط بالعقد فمسئول نحو المضرور مسئولية عقدية عن الغير ، ويكون الاثنان مسئولين عن دين واحد هو التعويض دون أن يكونا متضامنين فى هذا الدين (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ وفقرة ٤٣٢) .

أبرمه القبودان ، وهنا التابع — أى القبودان — هو الذى أبرم العقد ، فيصبح المتبوع مسئولا عن تنفيذه . والمؤجر مسئول عن خطأ البواب فى تنفيذ عقد الإيجار ، وهنا — على خلاف الحالة الأولى — المتبوع هو الذى أبرم العقد والتابع هو الذى ينفذه . ويمكن أن نتصور حالة ثالثة يكون فيها الشخصان مستقلين أحدهما عن الآخر ، فلا تابع ولا متبوع ، ويكونان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين ، وليكن هذان المصدران خطأين أحدهما عقدى والآخر تقصيرى . « فاذا تعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع — كما كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط — أن يعمل فى مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول ، كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفنى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولا . فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملا . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هى مسئولية مجتمعة (تضاممية in solidum)(١) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال . فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدى غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيرى غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة (تضاممية) . ويلاحظ فى المثلين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدى لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيرى فيكون مسئولا أيضاً عن الضرر

---

(١) أما فى فرنسا فيقوم بين العامل وصاحب المصنع المنافس تضامن (solidarité) لاتضامم فحسب ، وذلك بموجب المادة الثالثة من قانون ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ ، بل كان القضاء الفرنسى يقضى بالتضامن حتى قبل صدور هذا القانون (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٢٦ وفقرة ١٠٧٢) .

غير المتوقع مادام ضرراً مباشراً . فالمسئولية المجتمعة (التضامية) إنما تقوم بينهما فيما يشتركان فى التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيرى بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (التضاممية in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة (التضاممية) ، فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضا فيما ينفع لا فيما يضر . فاذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن ، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فانه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤ مدنى) . وإذا أقر أحد المسئولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين ، وإذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقى المسئولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فان المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥ مدنى) . وإذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذى صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦ مدنى) . وإذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المسئولين ، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامنين الدائن فان باقى المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢ مدنى) ...... هذه الأحكام هى خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية المجتمعة (التضاممية) ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين »(١).

---

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٢٠ ص ٩٢٨ — ص ٩٢٩ — وإذا أخل المتعاقدان فى عقد واحد بمسئوليتهما العقدية ، فهما شريكان فى هذه المسئولية ، ولكنها ليست مسئولية تقصيرية حتى يقوم التضامن بينهما . ولما كان مصدر المسئولية هو العقد ، فلا بد من شرط التضامن ، وإلا انقسم الالتزام بينهما . ويذهب بلانيول وريبير وجابولد إلى اعتبار المسئولية هنا ، فى القليل ، مسئولية تضاممية ، إن لم يمكن اعتبارها مسئولية تضامنية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧١) . ولكن الالتزام التضامنى يشترط فيه — على ما نرى — أن يكون المصدر متعدداً ، وهنا المصدر عقد واحد .

(٥) وفى الدعاوى المباشرة (actions directes) نجد أيضاً الدائن له مدينان، يرجع على كل منهما بنفس الدين ، دون أن يكون المدينان متضامنين ، فيكون الالتزام بهذا الدين الواحد التزاما تضامميا لا تضامنيا (١) . مثل ذلك مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدنى من أن « يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة مايكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر » . فهنا المؤجر يستطيع أن يرجع بالأجرة على كل من المستأجر الأصلى بموجب عقد الإيجار الأصلى والمستأجر من الباطن بموجب عقد الإيجار من الباطن وهو يعطى للمؤجر دعوى مباشرة بالأجرة . فتتوافر بذلك عناصر الالتزام التضامى : دين واحد هو الأجرة ، وروابط متعددة هى الرابطة التى تربط المؤجر بالمستأجر الأصلى وتلك التى تربط المؤجر بالمستأجر من الباطن ، ومصادر متعددة هى عقد الإيجار الأصلى وعقد الإيجار من الباطن . وقل مثل ذلك فى جميع الأحوال التى يعطى النص فيها للدائن دعوى مباشرة قبل مدين لمدين ، كما فى دعوى الموكل قبل نائب الوكيل ، ودعوى نائب الوكيل قبل الموكل ، وفى دعوى رب العمل قبل نائب الفضولى ، وغير ذلك من الدعاوى المباشرة ، وقد سبق الكلام فى ذلك تفصيلا فى الجزء الثانى من الوسيط (٢) .

---

(١) انظر دريدا (Derrida) فى أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ solidarité فقرة ١٤٦ — فانسان Vincent فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٣٦ — ص ٣٨ وص ٦٤ — وقارن كولان وكابيتان ٢ ص ٤٦٧ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط الجزء الثانى فقرة ٥٥٥ فقرة ٥٦٦ .

هذا ويمكن إيراد أمثلة أخرى للمسئولية التضامية . فمسئولية المنيب والمناب فى الإنابة القاصرة هى مسئولية تضامية (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤ — فانسان Vincent فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٣٩) . وفى كل حالة يكون فيها شخصان مسئولين عن دين واحد لسببين مختلفين ، تكون مسئوليتهما عن هذا الدين مسئولية تضامية . مثل ذلك أن يبيع المقترض عينا ، ويشترط على المشترى أن يدفع الثمن للمقرض وفاء للقرض . فهنا يوجد شخصان مسئولان عن وفاء القرض : المقترض وسبب مسئوليته عقد القرض ، والمشترى وسبب مسئوليته عقد البيع بما يشتمل عليه من اشتراط لمصلحة الغير (استئناف مختلط ٢٩ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣) ، فلا يقوم تضامن بين المقترض والمشترى، ولكن يكون هناك تضام بينهما (انظر الموجز للمؤلف ص ٥١٥ هامش رقم ١) .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على تضامن المدينين

١٧٨ — العلاقة بين الدائن والمدينين وعلاقة المدينين بعضهم ببعض : هنا أيضا نبحث ، كما بحثنا فى تضامن الدائنين ، أمرين : (١) العلاقة بين الدائن والمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائن والمدينين

١٧٩ — المبادىء الأساسية : المبادىء الأساسية التى تقوم عليها العلاقة ما بين الدائن والمدينين فى التضامن السلبى هى نفس المبادىء التى تقوم عليها العلاقة ما بين المدين والدائنين فى التضامن الإيجابى :

(أولا) فللدائن مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين. ولأى مدين متضامن الوفاء بكل الدين للدائن . ووفاء أحد المدينين بكل الدين يبرىء ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن (م ٢٨٤ — ٢٨٥ مدنى) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة وحدة المحل ، فالدائن يستطيع أن يطالب بالكل ، كما يستطيع أى مدين أن يفى بالكل ، لأن الكل فى هذه الحالة شىء واحد .

(ثانيا) أما أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وإبراء وتقادم ، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين اقتصر أثرها عليه دون أن تتعدى إلى سائر المدينين ، ولا يحتج أى من هؤلاء بها إلا بقدر حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء (م ٢٨٦ — ٢٩٢ / ١ مدنى) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة تعدد الروابط ، فكل مدين تربطه بالدائن رابطة تتميز عن روابط المدينين الآخرين ، فاذا انقضت هذه الرابطة بسبب غير الوفاء لم يترتب على ذلك انقضاء الروابط الأخرى .

(ثالثاً) ولا يجوز لأى مدين متضامن أن يأتى عملا من شأنه أن يضر بباقى المدينين، ولكن إذا أتى عملا من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه (م ٢/٢٩٢ — ٢٩٦ مدنى) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة النيابة التبادلية، فكل مدين يمثل الآخرين فيما ينفع لا فيما يضر . وهذا ما جرت العادة بتسميته الآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن (١) .

فنتكلم إذن هنا ، كما تكلمنا فى التضامن الإيجابى ، فى مسائل ثلاث : (١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء (٣) الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين .

§ ١ — انقضاء الدين بالوفاء

١٨٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٨٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان التضامن بين المدينين ، فان وفاء أحدهم بالدين مبرىء لذمة الباقين » .

وتنص المادة ٢٨٥ على ما يأتى :

« ١ — يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » .

« ٢ — ولا يجوز للمدين الذى يطالب الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يقيم التضامن السلبى على فكرتى الكفالة والوكالة (م ١٠٨/١٦٢) . انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨٣.

ويفسر بيدان ولاجارد جميع المبادىء الثلاثة بفكرة النيابة التبادلية (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٧ وما بعدها) ، ولكن هذه الفكرة وحدها لا تكفى ، فهى تضيق مثلا عن تفسير القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز للمدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، وكان من حقه أن يحتج بها بمقتضى النيابة التبادلية (دريدا Derrida أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ solidarité فقرة ٦١) .

الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً(١) » .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٠٨/١٦٢ — ١٦٤ و ١٠٩/١٦٥ و ١١٢/١٦٨(٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٨٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – إذا كان التضامن بين المدينين ، كان كل منهم ملزما بالدين جميعه ، وكان وفاء أحدهم بالدين مبرئاً لذمة الباقين . ٢ – ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » . وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بالتزام أى من المدينين المتضامنين بكل الدين لأنه ورد فى المادة التالية ، وكذلك حذفت الفقرة الثانية لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٢٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ — ص ٦٤) .

م ٢٨٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٧ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ — ص ٦٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٠٨/١٦٢ – ١٦٤ : لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد أو أوجبه القانون . وفى هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضا ووكلاء عن بعضهم بعضا فى وفاء المتعهد به ، وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل .

م ١٠٩/١٦٥ : يجوز للدائن أن يجمع مدينيه المتضامنين فى مطالبتهم بدينه أو يطالبهم به منفردين ، ما لم يكن دين بعض المدينين المذكورين مؤجلا لأجل معلوم أو معلقاً على شرط .

م ١١٢/١٦٨ : لكل من المدينين المذكورين الحق فى التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم .

(وأحكام التقنينين القديم والجديد واحدة فى هذه المسائل بالرغم من اختلاف الأسلوب . وقد قدمنا أن التقنين المدنى السابق صرح بالأساس الذى تبنى عليه أحكام التضامن السلبى ، فذكر أن المدينين يعتبرون كفلاء بعضهم لبعض ووكلاء بعضهم عن بعض فى وفاء الدين وأن تتبع أحكام الكفالة والوكالة . والأولى عدم ذكر هذه الأسس الفقهية فى التشريع ، لا سيما أنه ليس صحيحاً أن جميع أحكام الكفالة والوكالة تنطبق فى التضامن السلبى) .

المادتين ٢٨٤ — ٢٨٥ ، وفى التقنين المدنى الليبي المادتين ٢٧١ — ٢٧٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٢١ — ٣٢٢ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٣ و ٢٥ — ٢٩(١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٨٤-٢٨٥ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ — ٢٨٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٧١ — ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ — ٢٨٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٢١ : ١ — إذا كان المدينون متضامنين ، فللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم ، وأن يطالبهم به مجتمعين ، ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين . ٢— ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر إلا بقدر نصيب هذا المدين إذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به هو وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً .

م ٣٢٢ : إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عيناً أو بمقابل أو بطريق الحوالة ، برئت ذمته ويبرأ منه المدينون الآخرون .

(وهذه النصوص تتفق فى أحكامها مع أحكام التقنين المدنى المصرى وإن اختلفت فى العبارة والأسلوب : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٠٤ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٣ : يكون الموجب متضامناً بين المديونين حين يكون عدة مديونين ملزمين بدين واحد وكل منهم يجب اعتباره فى علاقاته بالدائن كمديون بمجموع هذا الدين ، فيقال إذ ذاك « تضامن المديونين » . على أن التضامن لا يحول دون قسمة الدين بين ورثة المديون المتضامن .

م ٢٥ : إذا وجد موجب التضامن بين المديونين ، فإن جميع هؤلاء ملزمون بالشىء ذاته ولكن بمقتضى روابط متميزة ومستقلة بعضها عن بعض ، ولا سيما فيما يختص : ١ — بصحة هذه الروابط . ٢ — باستحقاقها . ٣ — بسقوطها .

م ٢٦ : يحق لكل من المدينين المتضامنين أن يدلى بأسباب الدفاع المختصة به والمشتركة بين جميع المديونين .

م ٢٧ : إن أسباب الدفاع المختصة بكل من المديونين هى التى يمكن أن يدلى بها واحد أو عدة منهم ، وأخصها : ١ — الأسباب الممكنة من الإبطال (الإكراه والخداع والغلط وعدم الأهلية) سواء أكانت مختصة بأحد المديونين أم ببعضهم ٢ — الشكل (الأجل أو الشرط) الذى لا يشمل ما التزمه الجميع . ٣ — أسباب سقوط الموجب التى لم تحدث للجميع .

م ٢٨ : أسباب الدفاع المشتركة هى التى يمكن أن يدلى بها جميع المديونين بالموجب المتضامن وهى على الخصوص : ١ — أسباب البطلان (كموضوع غير مباح وكفقدان الصيغ المطلوبة =

١٨١ — لأى مدين متضامن أنه يوفى الدائن كل الدين : وهذا ما تنص عليه المادة ٢٨٤ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : إذا كان التضامن بين المدينين، فان وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقين». فأى مدين إذن يستطيع أن يفى الدين كله للدائن ، ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء، كما لا يستطيع أن يفرض على المدين ألا يوفيه إلا حصته فى الدين إذا أصر المدين على الوفاء بالدين كله(١). وهذا ما لم يتفقا على أن يدفع المدين للدائن حصته فى الدين فقط ، فعند ذلك يكون للدائن أن يرجع على أى مدين آخر بالدين من استنزال حصة المدين المدفوعة(٢). وكما لا يجبر المدين على أن يوفى حصته فقط ، كذلك لا يستطيع هو

=شرعا الخ) التى تشمل ما التزمه الجميع . ٢ — الشكل أو الأجل أو الشرط الشامل لما التزم به الجميع . ٣ — أسباب الإسقاط التى أفضت إلى سقوط الدين عن الجميع .

م ٢٩ : إن الإيفاء أو أداء العوض أو إيداع الشىء المستحق أو المقاصة التى جرت بين أحد المديونين والدائن كلها تبرىء ذمة سائر الموجب عليهم .

(وهذه نصوص تتفق فى أحكامها بوجه عام مع أحكام التقنين المدنى المصرى فيما عدا حكم المقاصة، فلا يحتج بالمقاصة فى التقنين المصرى إلا بمقدار نصيب من وقعت المقاصة معه . والتقنين اللبنانى يزخر ، كما نرى، بالأساليب والتفصيلات الفقهية) .

(١) لارومبيير ٣ م ١٠٢٤ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٩ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١١ . ويلاحظ أن المادة ٢٩٠ مدنى تقضى بأنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك . والفرق بين صورة الإبراء هذه وصورة استيفاء الدائن لحصة أحد المدينين أن المفروض فى الصورة الثانية أن الدائن قد استوفى فعلا هذه الحصة ، فلم يعد له إلا باقى الدين يرجع به على أى مدين متضامن آخر . أما فى الإبراء فالمفروض أن الدائن قد اقتصر على الإبراء من التضامن دون أن يستوفى حصة المدين المبرأ ، ومن ثم إذا طالب مديناً آخر كان له أن يطالبه بكل الدين لأنه لم يستوف من هذا الدين شيئاً ، وهذا ما لم يكن قد اتفق مع المدين المبرأ على استنزال حصته من الدين عند الرجوع على أحد من المدينين الآخرين كما يقول النص . وهناك فرق آخر من ناحية الصناعة القانونية : فاستيفاء الحصة لابد فيه من إرادتين متوافقتين ، أما الإبراء فتكفى فيه إرادة الدائن وإن كان يرتد برد المدين (م ٣٧١ مدنى) .

وكل مبلغ يدفعه أحد المدينين المتضامنين للدائن ، سواء كان هذا المبلغ مساوياً لحصة هذا المدين أو أقل أو أكثر ، يستطيع المدينون الآخرون التمسك به لاستنزاله من الدين عند رجوع الدائن عليهم (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣١م ٤٣ ص ٣٠٢) ، وهذا ما لم يكن المدين قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها كما سبق القول (انظر تفصيل ذلك فيما يلى فقرة ٢٠٤ فى الهامش) .

هو أن يجبر الدائن على استيفاء هـذه الحصة إذا أصر الدائن على أن يستوفى الدين كله .

وإذا وفى المدين الدين كله للدائن ، برئت ذمة سائر المدينين المتضامنين . ويكون للمدين الذى وفى الدين الرجوع عليهم كل بقدر حصته ، على الوجه الذى سنبينه فيما يلى . وإذا رفض الدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن ، كان لهذا المدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات المقررة ، ومتى تم هذا العرض برئت ذمة كل المدينين المتضامنين .

١٨٢ — وللدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن : وهذا ما يقرره صدر الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، إذ يقول « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين » . فللدائن أن يختار أى مدين متضامن – أكثرهم ملاءة أو أيسرهم وفاء أو من يشاء منهم فكلهم متضامنون فى الدين – ويطالبه بالدين جميعه لا بحصته منه فحسب(١). وهذا يرجع كما قدمنا إلى وحدة المحل فى الالتزام التضامنى ، وهذا هو أيضاً أهم أثر للتضامن السلبى ، فان هذا النوع من التضامن مقرر فى الأصل لمصلحة الدائن ، بل هو يفوق فى الضمان الكفالة ولو كان الكفيل متضامنا كما سبق القول(٢) .

ويبقى للدائن حقه فى الرجوع بكل الدين على أى مدين يختاره حتى لو كان له تأمين عينى كرهن أو حق امتياز ، فله بالرغم من وجود هذا التأمين أن يرجع على المدين الذى اختاره قبل أن يرجع على العين المرهونة أو المثقلة بحق الامتياز ، وهذا حتى لو كانت هـذه العين مملوكة لغير هـذا المدين(٣). ذلك أن القانون لم

---

(١) مصر الوطنية ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٣ — استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٩٤ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٨ — ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٦٤ .

(٣) ولا يخل هذا الحكم بجواز الاتفاق على أن يرجع الدائن على المدينين المتضامنين بترتيب معين ، أو على أن يرجع الدائن أولا بالتأمين العينى (لاروميير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٣ — هيك ٧ فقرة ٣١٦ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٧) .

يحتم على الدائن أن يرجع أولا على العين المحملة بالضمان العينى(١)، فقد يجد الدائن أن الدعوى الشخصية التى يطالب بها المدين المتضامن بالدين كله أيسر حملا وأقل كلفة وأبسط فى الإجراءات من الدعوى العينية التى يرجع بها بمقتضى التأمين العينى(٢) .

وليس للمدين إذا طالبه الدائن بالدين كله ، أن يقتصر على دفع حصته فى الدين(٣)،فانه بالنسبة إلى الدائن قد انشغلت ذمته بكل الدين ولا يستطيع أن يجزىء الوفاء . وقد رأينا نظيرا لهذا الحكم فى حالة ما إذا كان المدين هو الذى يتقدم من تلقاء نفسه ، ومن غير مطالبة من الدائن ، بدفع حصته فى الدين ، فان الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئى (٤) .

١٨٣ — مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف : ولما كان الالتزام التضامنى ، إلى جانب أنه موحد المحل ، متعدد الروابط ، فان هذه الروابط المتعددة قد يكون بعضها موصوفا والبعض غير موصوف ، وقد يكون الوصف الذى يلحق رابطة منها غير الوصف الذى يلحق الرابطة الأخرى ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . فيجوز أن يكون أحد المدينين المتضامنين مدينا تحت شرط واقف ، ويكون مدين آخر دينه مضاف إلى أجل ، ويكون مدين ثالث دينه منجز . فى هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأول

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يحتم ذلك ، ولكنه حذف .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨ . بل لا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بكل الدين أن يؤخر الوفاء ، بدعوى أن هناك نزاعاً لا يزال منظوراً أمام القضاء بينه وبين المدنيين الآخرين بشأن حصة كل منهم فى الدين ، وأنه يخشى لو دفع الدين كله أن يتحمل إعسار أحد من هؤلاء المدينين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨) .

(٣) وحق اقتصار المدين على دفع حصته فى الدين إنما أعطى للكفيل إذا تعدد الكفلاء دون تضامن بينهم ، ويسمى بحق التقسيم (bénéfice de division) . ولكن هذا الحق ، إذا جاز للكفيل غير المتضامن ، لا يجوز للكفيل المتضامن ، ومن باب أولى لا يجوز للمدين المتضامن.

(٤) انظر الفقرة السابقة — ولكن إذا كان المدينان المتضامنان لا يملك كل منهما أكثر من خمسة أفدنة ، وإن كان مجموع ما يملكان أكثر من خمسة أفدنة ، لم يجز للدائن أن ينفذ على أى منهما بدعوى أنهما يملكان معاً نصاب الحجز (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٣) .

إلا إذا تحقق الشرط ، ولا على المدين الثانى إلا عند حلول الأجل . ويجوز له الرجوع فورا على المدين الثالث . وإلى هذا تشير المادة ٢٨٤ مدنى إذ تقول : « ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » . وقد تقدم مثل ذلك فى التضامن الإيجابى .

وقد يطرأ الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فيمنح الدائن أحد المدينين المتضامنين بعد قيام الدين أجلا للوفاء ، فلا يجوز للمدينين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الأجل ، كما لا يتمسك المدين فى التضامن الإيجابى بالأجل الذى يمنحه له أحد الدائنين المتضامنين فى حق الدائنين الآخرين (١) . وإذا كان الدائن ، عند ما يبرىء أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، يستبقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين (م ٢٩٠ مدنى) ، فأولى أن يستبقى حقه فى الرجوع فورا على الباقين إذا هو أجل الدين لأحدهم .

١٨٤ — إدخال المدينين المتضامنين الآخرين فى الدعوى ودخولهم فيها :
وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين على الوجه الذى أسلفناه ، كان لهذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين المتضامنين أو بعضهم ، حتى إذا حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته (٢) . ولا يجوز للدائن أن يعارض فى ذلك ، فقد نصت المادة ١٤٣ من تقنين المرافعات على أن « للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ، ويتبع فى اختصام الغير الأوضاع المعتادة فى التكليف بالحضور » (٣) . ويتعين

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٣٥ وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨ — وانظر أيضا المادة ١٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٨ — ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٥ .

(٣) ديرانتون ١١ فقرة ٢١٥ — لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٦ — هيك ٧ فقرة ٣١٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ — وانظر عكس هذا الرأى فلا يجوز للمدين طلب التأجيل لإدخال باقى المدينين فى الدعوى لوران ١٧ فقرة ٢٩٧ — دى باج ٣ فقرة ٣٤٣ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٠٦ .
=

على المحكمة إجابة المدين إلى طلبه وتأجيل الدعوى لإدخال باقى المدينين ، إذا كان المدين قد كلفهم بالحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الدائن ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، وفيما عدا ذلك يكون التأجيل لإدخال باقى المدينين المتضامنين جوازياً للمحكمة (م ١٤٦ مرافعات) . ويقضى فى الدعوى الأصلية المرفوعة من الدائن على المدين وفى طلب هذا المدين للرجوع على باقى المدينين بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة فى الرجوع على باقى المدينين بعد الحكم فى الدعوى الأصلية إذا اقتضى الفصل فى الرجوع إجراءات طويلة للتثبت من حصة كل مدين فى الدين » (م ١٤٧ مرافعات) .

بل إن للمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمر بادخال باقى المدينين المتضامنين فى الدعوى ، فقد نصت المادة ١٤٤ من تقنين المرافعات على أن « للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال : (ا) ... (ب) من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو حق أو التزام لا يقبل التجزئة ... وتعين المحكمة ميعادا لحضور من تأمر بادخاله ومن يقوم من الخصوم باعلانه » . وهذا حكم مستحدث فى تقنين المرافعات الجديد .

وكما يجوز إدخال باقى المدينين المتضامنين فى الدعوى ، يجوز كذلك أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم ، ليرعوا حقوقهم وليمنعوا ما قد يقع من تواطؤ بين الدائن والمدين المرفوعة عليه الدعوى . وقد نصت المادة ١٥٣ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . وتنص المادة ١٥٥ من نفس التقنين على أن « تحكم المحكمة على وجه السرعة فى نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل . ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل إرجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها . وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو فى طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما

= ولكن لا يجوز أن يطالب المدين الدائن بإدخال بقية المدينين فى الدعوى ؛ لأنه مسئول نحو الدائن عن كل الدين ، فإذا أراد أن يدخل باقى المدينين فى الدعوى ، فعليه هو لا على الدائن أن يدخلهم (بيدان لاجارد ٨ فقرة ٨١٨ ص ٦٠٦) .

أمكن ذلك . وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (١) » .

١٨٥ — مطالبة مدين بعد آخر : وإذا اختار الدائن مدينا متضامنا وطالبه بكل الدين ، ثم رأى بعد ذلك أن يوجه مطالبته لمدين متضامن آخر ظهر له فيما بعد أن مطالبته أكثر جدوى أو أيسر أو بدا له أى سبب آخر لهذه المطالبة الجديدة ، فان المطالبة الأولى للمدين الأول لا تمنع من مطالبة المدين الآخر . فللدائن إذن أن يدخل المدين الآخر خصما فى الدعوى الأولى ويطلب الحكم على الاثنين بالدين متضامنين فيه ، وله أن يترك دعواه الأولى ويرفع دعوى جديدة على المدين الآخر يطالبه فيها وحده بكل الدين (٢).

وإذا فرض أن الدائن استمر فى مطالبة المدين الأول ولم يستطع من وراء هذه المطالبة أن يحصل منه إلا على جزء من الدين ، فانه يستطيع أن يطالب أى مدين آخر بالباقى من الدين بعد استنزال الجزء الذى استوفاه من المدين الأول . وهذا هو الحكم حتى لو كان المدين الآخر الذى يرجع عليه الدائن مفلسا ، فان الدائن لايدخل فى التفليسة إلا بالباقى من الدين بعد استنزال ما استوفاه من المدين الأول ، ثم إن ما يبقى له بعد الرجوع على التفليسة يرجع به على أى من المدينين الآخرين أو على سائرهم ، حتى لو حصل الصلح مع المفلس . كذلك يدخل فى التفليسة المدين المتضامن الذى وفى الدين بقدر ما وفاه عن المفلس . وهذه الأحكام تنص عليها صراحة المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى إذ تقول : « إذا استوفى المداين الحامل لسند متضامن فيه المفلس وغيره بعضامن دينه قبل الحكم باشهار الإفلاس ، فلا يدخل فى روكية التفليسة إلا بالباقى بعد استنزال ما استوفاه ويبقى حقه فى المطالبة بالباقى محفوظا له على الشريك أو الكفيل ، ويدخل الشريك أو الكفيل المذكور فى روكية المفلس بقدر ما دفعه وفاء عنه .

---

(١) انظر فى هذا المعنى لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٥ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٠ — بيدان وجابولد ٨ فقرة ١٠٨١ .

وللمداين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس(١) ».

١٨٦ — مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين : وإذا كان للدائن أن يطالب أى مدين متضامن منفرداً بكل الدين ، فمما لا شك فيه أن له أيضاً أن يطالبهم جميعاً بكل الدين فيوجه إليهم المطالبة مجتمعين . وتقول المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين .. » . ويستطيع أيضاً أن يوجه المطالبة إلى فريق منهم دون فريق(٢) . وقد رأينا أن أى مدين متضامن وجه إليه الدائن المطالبة وحده يستطيع أن يدخل الباقى فى الدعوى وأن الباقى يستطيعون أن يدخلوا فى الدعوى من تلقاء أنفسهم ، هذا إذا لم يستعمل الدائن حقه فى مطالبتهم مجتمعين على النحو الذى بيناه .

ومتى اجتمع المدينون المتضامنون أو بعضهم فى الدعوى ، فان الحكم يصدر عليهم بالدين متضامنين فيه(٣) ، فيستطيع الدائن بموجب هذا الحكم أن ينفذ

---

(١) أما إذا كان كل من المدينين المتضامنين مفلسين ، فان الدائن يدخل فى كل تفليسة بمقدار كل الدين . وتنص المادة ٣٤٨ من التقنين التجارى فى هذا الصدد على ما يأتى : « إذا كانت بيد أحد المداينين سندات دين ممضاة أو محولة أو مكفولة من المفلس وآخرين ملتزمين معه على وجه التضامن ومفلسين أيضاً ، جاز له أن يدخل فى التوزيعات التى تحصل فى جميع روكيات تفليساتهم ، ويكون دخوله فيها بقدر أصل المبلغ المحرر به السند وما يتبعه إلى تمام الوفاء . ولا حق لتفليسات الملتزمين بدين واحد فى مطالبة بعضها بعضاً بالحصص المدفوعة منها ، إلا فى حالة ما إذا كان مجموع تلك الحصص المدفوعة من روكيات هذه التفليسات يزيد على قدر أصل الدين وما هو تابع له ، ففى هذه الحالة تقرر الزيادة لمن كان من المدينين المفلسين مكفولا من الآخرين على حسب ترتيب التزامهم بالدين » . والفقرة الأولى من هذا النص تقابلها المادة ٥٤٢ من التقنين التجارى الفرنسى . انظر فى هذا النص وما يثيره من مسائل يختلف عليها وهى تدخل فى نطاق القانون التجارى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١١ .

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٢١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يطلب التضامن فى صحيفة الدعوى الابتدائية ولا أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة ، فلا يقبل إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ ص ١٦٩) . ولكن إذا لم يقدم طلب التضامن للقضاء للفصل فيه ضمن الدعوى الأصلية ، فلا مانع من رفع دعوى جديدة به (أسيوط الكلية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٣ ص ١٠٦٤) . =

على أى منهم بكل الدين . ويبقى لمن نفذ عليه بكل الدين حق الرجوع على الآخرين .

وإذا رفع الدائن الدعوى عليهم جميعاً ، جاز له رفعها فى أية محكمة تكون مختصة بنظر الدعوى بالنسبة إلى واحد منهم أياً كان ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من تقنين المرافعات على أنه « إذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها موطن أحدهم » . أما إذا رفع الدعوى على كل منهم فى المحكمة التى بها موطنه فتفرقت الدعاوى ، جاز لكل مدين أن يطلب إحالة دعواه إلى المحكمة التى رفعت أمامها أول دعوى ، فتتجمع على هذا النحو جميع الدعاوى أمام محكمة واحدة ، ثم يضم بعضها إلى بعض حتى لا تتضارب الأحكام (١) . وإذا رفع الدائن دعاوى مستقلة على المدينين المتضامنين أمام محكمة واحدة ، جاز للخصوم ، وجاز للمحكمة من تلقاء نفسها ، أن تأمر بضم هذه الدعاوى بعضها إلى بعض ليصدر فيها حكم واحد(٢) .

١٨٧ — هل ينقسم الدين بين ورثة المدين المتضامن : رأينا فى التضامن الإيجابى أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدنى تنص على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام »(٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٨٤(٤) تنص الفقرة الثانية منه ، فى صدد التضامن السلبى ، على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثه أحد المدينين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام »(٥) ، فكان هناك

= هذا وهناك فرق بين مطالبة المدينين مجتمعين فى التزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) ومطالبتهم مجتمعين فى التزام تضامنى (obligation solidaire) . فى الحالة الأولى يحكم على كل من المدينين بحصته فى الدين فحسب ، أما فى الحالة الثانية فيحكم على كل من المدينين بكل الدين متضامنا فيه مع الآخرين .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٢) لاروميير ٣ م ١٢٠٤ فقرة ٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٣٤ .

(٤) وهى المادة ٤٠٨ من هذا المشروع .

(٥) انظر آنفاً فقرة ١٨٠ فى الهامش .

تقابل بين النصين . ولكن إذا كان هذا التقابل يصح فى القانون الفرنسى ، حيث ينتقل الدين إلى ورثة المدين وينقسم عليهم كل بقدر حصته فى الميراث(١) ، فانه لايصح فى مصر حيث تقضى مبادىء الشريعة الإسلامية بأن الدين لا ينتقل إلى ورثة المدين ، بل تبقى التركة مسئولة عنه جميعه إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . من أجل ذلك حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية المشار إليها فى التضامن السلبي ، لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث »(٢) .

فاذا مات أحد المدينين المتضامنين ، بقيت تركته مشغولة بالدين جميعه ، ويجوز للدائن أن يرجع عليها به كاملا(٣) ، ثم ترجع التركة على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين كما كان يفعل المورث لو بقى حياً . ومن ثم يكون الدين فى التضامن السلبي ، بفضل القاعدة الشرعية التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، غير منقسم على ورثة المدين ، دون حاجة إلى أن يكون الدين نفسه غير قابل للانقسام (٤) .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ وانظر آنفا فقرة ١٨٠ فى الهامش . وانظر أيضا فقرة ١١٩ فى الهامش حيث نقلنا كيف يصور الأستاذ اسماعيل غانم انتقال الدين إلى ورثة المدين .

(٣) كما يجوز أن يرجع على كل وارث بحصته فى دين مورثه بقدرما أفاد من تركته (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٩٢) . ولكن لا تضامن بين الورثة كما قدمنا ، فإذا اتخذ الدائن اجراءات نزع الملكية ضد أحد الورثة بقدر حصته فى الميراث ، كان عليه أن يتخذ نفس هذه الإجراءات ضد سائر الورثة كل بقدر حصته (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٠) .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الذى احتوى النص الملغى ما يأتى : « ويترتب على موت المدين المتضامن انقسام الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام ، فلو فرض أن مدينين ثلاثة التزموا على وجه التضامن بدين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وتوفى أحدهم عن وارثين متكافئى الفرض ، فليس للدائن أن يطالب كلا منهما إلا بمبلغ ١٥٠ جنيه » . ثم مالبثت المذكرة الإيضاحية أن استدركت فقالت : « وهذا الحكم لا يتبع فى الشريعة الإسلامية إذ هى لا تبيح انتقال الدين من طريق الميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) . وهذا ما دعا لجنة المراجعة إلى حذف النص الذى كان يقضى بانقسام الدين على ورثة المدين كما سبق القول .

١٨٨ – أوجه الدفع التي يحتج بها المدين المتضامن : وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً » . وقد رأينا نصاً مقابلا لهذا النص فى التضامن الايجابى(١) .

فاذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالوفاء ، كان لهذا المدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً . ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر .

أما أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء فكثيرة متنوعة ، ذكرنا ما يقابلها فى التضامن الإيجابى . فقد تكون الرابطة التى تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب فى الرضاء لغلط أو تدليس أو إكراه ، أو بنقص فى أهلية المدين . أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، فيطالب المدين بفسخها . أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتج بها المدين الذى قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن كما سنرى .

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً فكأن يكون العقد الذى أنشأ الالتزام التضامنى باطلا فى الأصل ، لانعدام رضاء المدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعيب فى الشكل . أو يكون العقد قابلا للإبطال لصالح جميع المدينين ، بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعاً فى غلط . أو يكون العقد قابلا للفسخ ، بأن يكون الدائن مثلا لم يف بما تعهد به كأن كان بائعاً لم يسلم المبيع للمشترين المتضامنين فى الثمن . فيكون لكل من هؤلاء المدينين المتضامنين حق المطالبة بفسخ البيع . أو يكون أحد المدينين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع ، ويكون لكل منهم أن يحتج بهذا الوفاء على الدائن .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٦ .

ولا يحتج المدين المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين(١)، كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غيره فى غلط فلا يحتج هو بذلك(٢). وكما إذا كان غيره ناقص الأهلية ، فلا يحتج هو بنقص أهلية هذا المدين . وكما إذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، فلا يتمسك هو بهذا الدفع . وكما إذا قام سبب للفسخ بغيره ، فلا يطالب هو بالفسخ . وكما إذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره ، فلا يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة هذا المدين على الوجه الذى سنفصله فيما يلى(٣) .

§ ٢ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٨٩ — المبدأ العام : فى التضامن السلبى ، كما فى التضامن الإيجابى ، إذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين قبل الدائن بسبب غير الوفاء ، لم تبرأ ذمة

---

(١) استئناف وطنى ١٨ إبريل سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٩٨ — استئناف أسيوط ١٤ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٤ ص ٥٥٠ .

(٢) فإذا طالب الدائن أولا من شاب رضاءه عيب فأبطل هذا التزامه ، ثم رجع الدائن على مدين متضامن آخر لم يشب رضاءه عيب ، فإنه يطالبه بكل الدين دون أن يستنزل حصة من شاب رضاءه العيب (لاروميير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٠ — لوران ١٧ فقرة ٣٠٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « للدائن فى التضامن السلبى أن يطالب كلا من المدينين المتضامنين بالدين بأسره ، كما هو الشأن فى التضامن الإيجابى وله أن يطالب هؤلاء المدينين بالوفاء أمام القضاء ، مجتمعين أو منفردين . ولا يجوز لمن يطالب بالوفاء منهم ، على هذا الوجه ، أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة بشخصه — كالغلط أو الإكراه اللذين شابا رضاءه — والأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً — كما إذا كان الالتزام باطلا لعدم مشروعية السبب أو كما إذا كان قد انقضى بالوفاء . أما الدفوع الخاصة بغيره من المدينين — كالغلط أو الغش أو الإكراه الذى شاب رضاء هؤلاء دون أن يؤثر فى رضائه — فيمتنع عليه الاحتجاج بها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ — ص ٦٦) . وقد فصل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المواد ٢٥ إلى ٢٨ أوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً وأوجه الدفع الخاصة بأحدهم (أنظر آنفا فقرة ١٨٠ فى الهامش) .

أنظر أيضاً ترتيباً منطقياً لأوجه الدفع المتعلقة بطبيعة الالتزام ، والأوجه المشتركة بين جميع المدينين، والأوجه الخاصة بأحدهم دون غيره : فى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٢٠ — فقرة ٨٢٥ .

الباقين إلا بقدر حصة المدين الذى برئت ذمته (١). وقد وضع التقنين المدنى الجديد هذا المبدأ العام فى صدد التضامن الإيجابى ، واقتصر عليه فيما يتعلق بهذا النوع من التضامن دون أن يطبقه تفصيلا على الأسباب المختلفة لانقضاء الالتزام . أما فى التضامن السلبى فقد عمد ، دون أن يصرح بالمبدأ ، إلى تطبيقه تطبيقاً تفصيلياً على هذه الأسباب ، لما لهذا التطبيق التفصيلى من أهمية عملية .

وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أن روابط الدائن بالمدينين المتضامنين روابط متعددة ، وقد تنقضى رابطة منها بسبب غير الوفاء ولا تنقضى الروابط الأخرى إلا بقدر حصة من انقضت رابطته ، فلا يستطيع باقى المدينين أن يحتجوا على الدائن إلا بقدر هذه الحصة ، ويبقون ملزمين بدفع باقى الدين .

ونستعرض مع التقنين المدنى الجديد أسباب انقضاء الالتزام المختلفة غير الوفاء مع النصوص التشريعية الخاصة بكل سبب . وأسباب الانقضاء التى عرض لها التقنين الجديد هى التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم(٢).

---

(١) وذلك فيما عدا التجديد ، فسنرى أنه يبرىء ذمة باقى المدينين المتضامنين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

(٢) وهناك ، غير هذه الأسباب ، الوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ .

فنى الوفاء بمقابل ، إذا استوفى الدائن من أحد المدينين المتضامنين مقابلا للدين ، انقضى الدين أصلا كما ينقضى بالوفاء ، وبرئت ذمة المدينين الآخرين ، فيستطيع كل مدين منهم أن يحتج بهذا السبب متمسكاً بانقضاء كل الدين ولا يقتصر على استنزال حصة من وفى المقابل . وهذا الحكم يختلف عن الحكم الذى أوردناه فى الوفاء بمقابل لأحد الدائنين المتضامنين فى التضامن الإيجابى (انظر آنفاً فقرة ١٣٨ فى الهامش) . والسبب فى هذا الاختلاف أن فى التضامن السلبى لا يوجد إلا دائن واحد ، وقد قبل أن يستوفى مقابلا للدين ، فانقضى الدين بهذا القبول . أما فى التضامن الإيجابى فيوجد دائنون متعددون ، ولم يقبل الوفاء بمقابل إلا أحد هؤلاء الدائنين ، فلا يتقيد الدائنون الآخرون بقبوله فيما يجاوز حصته (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٩) .

واستحالة التنفيذ لسبب أجنبى لا يد لأحد المدينين المتضامنين فيه يقضى الالتزام التضامنى نفسه (م ٣٧٣ مدنى) ، فتبرأ ذمة جميع المدينين ، ويكون حكم استحالة التنفيذ هو حكم الوفاء بالدين وحكم الوفاء بمقابل . أما إذا استحال التنفيذ بخطأ أحد المدينين المتضامنين أو بعد إعذاره — كأن يكون البائعون متضامنين فى الالتزام بتسليم المبيع ثم هلك المبيع بخطأ أحدهم — فالمدين الذى صدر منه الخطأ يكون وحده مسئولا عن رد الثمن والتعويض ، أما باقى المدينين فيكونون مسئولين عن رد الثمن وحده ، لأن البائع فى القانون المصرى يتحمل تبعة هلاك المبيع =

١٩٠ — التجديد : تنص المادة ٢٨٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم(١) » .

= قبل التسليم (انظر م ٤٣٧ مدنى) . وتقضى المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى بأن باقى المدينين يكونون مسئولين عن رد الثمن دون التعويض ، ولكن الفقه الفرنسى ينتقد هذا الحكم (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٤) ، لأن البائع فى القانون الفرنسى لا يتحمل تبعه هلاك المبيع بسبب أجنبى قبل التسليم ، وهلاك الشىء بخطأ أحد المدينين المتضامنين يجب اعتباره هلاكاً بسبب أجنبى بالنسبة إلى الباقين (انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٤ ص ٢٩١ هامش رقم ١ وانظر ما يلى فقرة ١٩٧) .

وقد يحول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين إلى محال له دون أن يستبقى حقه قبل المدينين الآخرين . والظاهر أنه عند تمام الحوالة فى هذه الحالة يحل المحال له مكان الدائن الأصلى ، لأن الحق ينتقل إليه مع ضماناته والتضامن من أهمها ، فيصبح المدينون المتضامنون جميعاً مدينين للمحال له ، ولأى منهم أن يتمسك بالحوالة قبل الدائن الأصلى (انظر فى هذا المعنى دريدا Derrida أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ solidarité فقرة ٨٠) . أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين واشترط استبقاء حقه قبل المدينين الآخرين ، فقد سبقت الإشارة إلى أن الدائن الأصلى فى هذه الحالة يستبقى علاقته بهؤلاء المدينين ، ويصبح هو والمحال له دائنين لهم بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٢٧ فى الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٧ — ص ٦٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٩٠/ ١٥٤ ونصها ما يأتى : « لا يصح فى أى حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين » . والتقنين السابق باشتراطه قبول المدينين المتضامنين بالتجديد يتفق فى الحكم مع التقنين الجديد .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٨٦ (وهى مطابقة) — التقنين المدنى الليبى م ٢٧٣ (وهى مطابقة) — التقنين المدنى العراقى م ٣٢٣ (وهى مطابقة) — تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣١ ونصها ما يأتى : « إن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرىء ذمة الآخرين إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد . أما إذا اشترط الدائن قبول المديونين وامتنع هؤلاء ، فالموجب السابق لا يسقط » (والتقنين اللبنانى يتفق فى الحكم مع التقنين المصرى) .

ونفرض هنا أن الدائن اتفق مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين . وهذا التجديد إما أن يكون بتغيير الدين ، إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره . وإما أن يكون بتغيير المدين ، إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد . وإما أن يكون بتغيير الدائن ، إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد .

وسواء كان التجديد بتغيير الدين أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن ، فانه يترتب عليه أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م ١/٣٥٦ مدنى) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدنى على ما يأتى : « ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى ، إلا بنص فى القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدنى على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

ونرى من هذه النصوص أن التجديد يقضى الدين القديم على وجه قاطع ، ويقيم مكانه ديناً جديداً يختلف فى صفاته وفى توابعه وفى تأميناته عن الدين القديم . ومن أهم تأمينات الدين القديم هو هذا التضامن الذى كان قائماً بين المدينين جميعاً ، فينقضى بانقضاء الدين القديم . بل لا ينقضى التضامن وحده ، وإنما ينقضى الالتزام التضامنى ذاته بالتجديد ، فتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعاً : لا ذمة المدين الذى أجرى التجديد مع الدائن فحسب ، بل أيضاً تبرأ ذمة باقى المدينين المتضامنين .

وهذه نتيجة بعيدة المدى ، يبررها أن التجديد حاسم فى قضاء الدين القديم بكل مشخصاته ومقوماته ، وفى إحلال دين جديد محله لا يشترك مع الدين القديم فى شىء من هذه المشخصات والمقومات . ويستخلص من ذلك أن الدائن الذى جدد الدين مع أحد المدينين المتضامنين يفترض فيه أن نيته قد انصرفت إلى

قضاء الدين القديم وما يستتبع ذلك من براءة ذمة جميع المدينين المتضامنين ، واقتصر على الدين الجديد يحل محل الدين القديم . فاذا كان يريد استبقاء الدين القديم فى ذمة باقى المدينين المتضامنين ، أمكنه قبل أن يجرى التجديد أن يتفق مع هؤلاء المدينين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم . وعند ذلك لا ينقضى الدين القديم إلا بالنسبة إلى المدين الذى جدد الدين معه ، ويبقى هـذا الدين فى ذمة باقى المدينين . وله فى هـذه الحالة أن يرجع على كل منهم بالباقى من الدين بعد استنزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد، فيتفق التجديد عندئذ فى الحكم مع سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء على ما سنرى . بل يتفق حكمه هنا فى التضامن السلبي مع حكمه هناك فى التضامن الإيجابى ، وقد رأينا فى التضامن الإيجابى أنه إذا جدد الدين بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين فلا يجوز للمدين أن يحتج بهذا التجديد على باقى الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى أجرى التجديد معه(١) .

وإذا أراد الدائن أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد ، فعليه أن يحصل على موافقة باقى المدينين المتضامنين على أن يلتزموا متضامنين بهذا الدين . فاذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتمام التجديد موافقتهم ، فان التجديد لا ينعقد ، ويظل الالتزام التضامنى القديم قائماً (٢) .

أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقى المدينين ، لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين القديم ، ولا على أن يتضامنوا فى الالتزام بالدين الجديد ، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع افتراضاً معقولا أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمة المدينين المتضامنين من الالتزام التضامنى القديم . على أن هذا الافتراض قابل للدحض ، فيجوز للدائن وقت إجراء التجديد أن يفصح عن نيته بأنه لا يقصد من هذا التجديد أن يبرىء ذمة باقى المدينين المتضامنين ، بل قصد

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٨ . والفرق بين التضامن الإيجابى والتضامن السلبى فى حكم التجديد يرجع إلى أن التجديد لا يتم فى أية حالة من حالاته الثلاث إلا برضاء الدائن ، ولما كان الدائن متعدداً فى التضامن الإيجابى فلا يجوز أن يسرى التجديد الذى قبله أحد الدائنين فى حق الباقين الذين لم يقبلوه إلا بقدر حصة الدائن الذى قبل .

(٢) انظر فى هذا المعنى المادة ٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

أن يبرىء ذمة المدين الذى أجرى معه التجديد هو وحده من الدين القديم . فيكون الدائن بذلك قد احتفظ بحقه قبلهم — أى قبل باقى المدينين المتضامنين — كما هو صريح نص العبارة الأخيرة من المادة ٢٨٦ مدنى . ويستوى الحكم فى هذه الحالة مع الحكم فى حالة ما إذا كان الدائن قد اتفق مع باقى المدينين المتضامنين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم . وهى الحالة التى ذكرناها فيما تقدم . فسواء اتفق الدائن مع باقى المدينين المتضامنين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم ، أو اقتصر على مجرد الاحتفاظ بالدين القديم فى ذمتهم دون اتفاق معهم ، فالحكم واحد فى الحالتين : ينقضى الدين القديم بالنسبة إلى المدين الذى أجرى التجديد وحده ، ويبقى هذا الدين فى ذمة الباقين ، ويكون للدائن أن يرجع على أى من هؤلاء بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد . ويتفق عندئذ حكم التجديد مع حكم سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء . كما يتفق حكم التجديد فى التضامن السلبى مع حكم التجديد فى التضامن الإيجابى (١) .

١٩١ — المقاصة : تنص المادة ٢٨٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر ، إلا بقدر حصة هذا المدين » (٢) .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يترتب على اتفاق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين أو استبداله انقضاء الالتزام القديم وبراءة ذمة باقى المدينين منه ، ما لم يرفض هؤلاء الارتباط بالتعهد الجديد . فاذا لم يرفضوا ذلك وكان الدائن قد اشترط رضاءهم ، فلا ينعقد التجديد ويظل الالتزام القديم قائماً : انظر فى هذا المعنى المادتين ١٨١/١٧١ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ٣١ من التقنين اللبنانى والمادة ١٣٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويختلف الحكم بعض الاختلاف فيما يتعلق بالتضامن الإيجابى ، فالتجديد الذى ينعقد بين دائن من الدائنين المتضامنين والمدين لا يبرىء هذا المدين قبل باقى الدائنين ، ولكنه يستتبع انقضاء الدين القديم بالنسبة لذاك الدائن وحده ، أما الدائنون الذين لم يكونوا طرفاً فى التجديد فيظل الدين القديم قائماً بالنسبة لهم ، ويكون لكل منهم أن يطالب بهذا الدين بعد استنزال حصة الدائن الذى ارتضى هذا التجديد : انظر المادة ١٥٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٩ من=

والمفروض هنا أن مقاصة قانونية وقعت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين فى الالتزام التضامنى . ونفرض لتصور ذلك أن هذا الالتزام مقداره

= المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٩ — ص ٧١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١١٣ / ١٦٩ و ٢٠١ /٢٦٥ ، وهذا نص كل منهما : م ١١٣/١٦٩ : «لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن . وإذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد ، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين » . ويفهم من هذا النص ضمناً ، وبمفهوم المخالفة ، أن المقاصة — خلافاً لاتحاد الذمة — لا يحتج بها المدينون الآخرون حتى بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه . غير أن المادة ٢٠١/٢٦٥ تنص على ما يأتى : « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم فى الدين » . وهذا الحكم القاضى بأن للمدينين الآخرين أن يحتجوا بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه يتعارض مع الحكم السابق الذى تقضى به المادة ١١٣/١٦٩ سالفة الذكر . وقد ذهبنا فى عهد التقنين المدنى السابق ، أمام هذا التناقض ، إلى إعمال المادة ٢٠١/٢٦٥ دون المادة ١١٣/١٦٩ ، وتخويل المدينين المتضامنين الباقين الحق فى أن يتمسك كل منهم بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت معه هذه المقاصة . وكتبنا فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى : « أما المقاصة فقد تقع بين أحد المدينين المتضامنين والدائن . فإذا كان (ا) و (ب) مدينين متضامنين بمبلغ ثلثمائة جنيه ، ثم أصبح (ا) دائناً بمبلغ ثلثمائة جنيه للدائن نفسه ، وأراد هذا الدائن الرجوع على (ا) ، فلا شك فى أن (ا) يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . ولكن هب أن الدائن لم يرجع على (ا) ورجع على (ب) ، فهل يستطيع (ب) أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن والمدين (ا)؟ تجيب المادتان ١١٣/١٦٩ بما يأتى «لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن » . ويفهم من ذلك أن (ب) فى الفرض المتقدم لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن والمدين (ا) ، لا بالنسبة لكل الدين ولا بالنسبة لحصة (ا) من هذا الدين ... هذا هو المفهوم من النص ، ويؤيد هذا الفهم أنه متفق مع الحكم الذى نص عليه القانون المدنى الفرنسى فى هذه الحالة (م ١٢٩٤) . ويؤيده أيضاً أن العبارة الأخيرة فى المادتين ١١٣/١٦٩ تجيز فى حالة اتحاد الذمة ، مغايرة لحالة المقاصة ، أن يتمسك المدين المتضامن باتحاد الذمة بقدر الحصة التى تخص شريكه فى الدين كما سنرى . إلا أن التفريق بين المقاصة واتحاد الذمة لا مسوغ له ، وما دام للمدين المتضامن أن يتمسك باتحاد الذمة بقدر الحصة التى تخص شريكه فى الدين ، وجب أيضاً أن يكون للمدين المتضامن حق التمسك بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت معه هذه المقاصة ، فيجوز فى الفرض المتقدم أن يتمسك (ب) بالمقاصة بقدر حصة (ا) فى الدين ، ولا يرجع عليه الدائن إلا بنصف الدين . وهذا هو الحكم الصحيح الذى يجب أن نقف عنده ، والذى =

ثلثمائة ، وأن المدينين المتضامنين ثلاثة حصصهم فى الدين متساوية ، وظهر أن للأول منهم على الدائن ثلثمائة — سواء كان هذا الدين لاحقاً للالتزام التضامنى أو سابقاً عليه — فوقعت المقاصة بينه وبين الدائن .

فاذا رجع الدائن على المدين الأول الذى وقعت معه المقاصة ، تمسك هذا بانقضاء الدين قصاصاً . فيعتبر الدين منقضياً ، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل بالنسبة إليه وإلى المدينين الآخرين ما دام الدائن قد طالب المدين الأول . ويكون لهذا المدين أن يرجع على شريكيه فى الدين كل منهما بمائة ، لأنه يكون فى حكم من وفى الدين ، وقد وفاه فعلا بطريق المقاصة ، فله حق الرجوع .

أما إذا اختار الدائن أن يطالب بالدين أحد المدينين الآخرين ، فليس للمدين المطالب أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت مع المدين الأول إلا بقدر حصة هذا المدين(١) ، أى بمقدار مائة من ثلثمائة ، وعليه أن يوفى الدائن

= أراده المشرع المصرى ، فنص عليه فى المادتين ٢٠١/٢٦٥ : «ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم فى الدين» . فرجع بذلك عن الحكم الذى نص عليه فى المادتين ١١٣/١٦٩ . ونحن نرى أمام هذا التناقض أن المادتين ٢٠١/٢٦٥ تنسخان المادتين ١١٣/١٦٩» (الموجز للمؤلف ص ٥١٦ — ص ٥١٧) .

وتقابل المادة ٢٨٧ من التقنين المدنى المصرى فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٨٧ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٧٤ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٢٤ (مطابقة) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧ ونصها ما يأتى : «إذا وجد التضامن بين المديونين ، أمكن كلا منهم أن يبرىء ذمة الآخرين جميعاً : ١ — . . . . . ٢ — بإجراء المقاصة على دين له فى ذمة الدائن مقابل مجموع الدين» . ومن ذلك نرى أن التقنين اللبنانى — خلافاً للتقنينات العربية الأخرى — يجعل الحق لكل مدين متضامن أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن ومدين متضامن آخر ، لا فحسب بقدر حصة هذا المدين المتضامن ، بل أيضاً بالدين كله ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين بهذه المقاصة ، ويكون للمقاصة حكم وفاء الدين . وقد خالف التقنين اللبنانى فى حكمه هذا ، لا التقنينات العربية فحسب ، بل خالف أيضاً التقنين المدنى الفرنسى الذى يسترشد به عادة ، فإن هذا التقنين (م ١٢٩٤) لا يجيز لباقى المدينين أن يتمسكوا بالمقاصة أصلا ، حتى ولو بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه .

(١) والفرق بين انقضاء الدين بالوفاء حيث يجوز لباقى المدينين أن يتمسكوا بذلك فى كل الدين ، وبين انقضائه بسبب آخر غير الوفاء حيث لا يجوز لباقى المدينين أن يتمسكوا بسبب =

مائتين ، ثم يرجع على المدين الثالث بمائة هي حصته في الدين ، ولا يرجع على المدين الأول بشيء لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه (١) . فيكون المدين الثاني في نهاية الأمر قد تحمل حصته في الدين وهي مائة ، وكذلك المدين الثالث قد تحمل مائة، حصته في الدين ، برجوع المدين الثاني عليه كما قدمنا . ويبقى المدين الأول الذي وقعت معه المقاصة ، فهذا قد استنزل الدائن حصته في الدين وهي مائة عندما رجع على المدين الثاني . فينتهي أمر الدائن مع المدين الأول إلى الوضع الآتي : عليه لهذا المدين ثلثمائة ، وله مائة هي التي استنزلها من الالتزام التضامني ، فتقع المقاصة بمقدار المائة ، ويبقى للمدين الأول على الدائن مائتان. فيستوفي المدين الأول المائتين من الدائن ، بعد أن نزل له عن مائة هي حصته في الدين الذي تضامن فيه مع شريكيه(٢) .

= الانقضاء إلا بقدر حصة المدين الذي قام به هذا السبب ، أن الدائن بالوفاء يكون قد حصل على كل حقه ، فليس له أن يطالب بشيء بعد ذلك . أما في غير الوفاء من أسباب الانقضاء ، فإن الدائن لا يكون قد حصل فعلا على حقه ، فلا يكون للانقضاء أثره إلا في الرابطة التي تربطه بالمدين الذي قام به سبب الانقضاء دون غيرها من الروابط التي تربطه بالمدينين المتضامنين الآخرين وهي روابط مستقلة عن الرابطة الأولى . وقد قدمنا مثل هذه الاعتبارات في صدد التضامن بين الدائنين (أنظر آنفاً فقرة ١٣٧ في الهامش) .

(١) أما في القانون الفرنسي فقد قضت المادة ١٢٩٤ من التقنين المدني الفرنسي بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع مدين متضامن آخر ، حتى ولو بقدر حصة هذا المدين . والفقهاء الفرنسيون الذين يؤيدون هذا الحكم يعللونه بكراهية المشرع لأن يتدخل المدين في شؤون مدين آخر تدخلا تصل إلى حد تمكينه من الدفع بمقاصة وقعت بين هذا المدين الآخر والدائن (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٠١ — لوران ١٧ فقرة ٣٣٩ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٥٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٧٠ ص ٦٠٦ — وانظر تعليلا آخر لأوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً هامش رقم ١٨) . ولكن الفقه الفرنسي لا يؤيد كله هذا الحكم ، بل يذهب بعض الفقهاء إلى وجوب استنزال حصة المدين الذي وقعت معه المقاصة عند رجوع الدائن على المدينين الآخرين (ديرانتون ١٢ فقرة ٤٢٩ — فقرة ٤٣٠ — توليه ٦ فقرة ٧٣٣ و ٧ فقرة ٣٧٧ — ماركاديه ٥ فقرة ٨٣٩ — لارومبير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ٥) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « تبرأ ذمة من يوفق من المدينين المتضامنين إلى الاحتجاج بالمقاصة على الدائن . ويكون له أن يرجع على باقي المدينين كل بقدر حصته . ولكن إذا عمد الدائن إلى مطالبة هؤلاء المدينين ، فله أن يقتضي كلا =

١٩٢ — اتحاد الذمة : تنص المادة ٢٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :
« إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فان الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن »(١) .

وقد تتحد الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين : ونستعرض فى ذلك صورتين :

(الصورة الأولى) أن يموت الدائن فيرثه هذا المدين . ونفرض أن الدين ثلثمائة . وأن المدينين المتضامنين الثلاثة حصصهم متساوية كما فى المثال السابق ، وأن المدين الذى ورث الدائن هو الوارث الوحيد . فتكون الذمتان قد اتحدتا فى شخص المدين ، وانقضى الدين باتحاد الذمة . فاذا اعتبر المدين نفسه مديناً قد وفى الالتزام التضامنى عن نفسه وعن المدينين الآخرين عن طريق اتحاد الذمة ، كان له أن يرجع على شريكيه كل بمقدار حصته ، فيرجع بمائة على كل

= منهم بجملة الدين بعد استنزال حصة المدين الذى وقع التقاص معه : انظر ما بين المادتين ٢٠١/٢٦٥ و ١١٣/١٦٩ من التقنين الحالى (السابق) من تناقض ملحوظ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٠ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧١ وص ٧٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٣/١٦٩ والمادة ٢٠٢/٢٦٧ . وتنص المادة ١١٣/١٦٩ على ما يأتى : « ... وإذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين المتضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد ، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين » . وتنص المادة ٢٠٢/٢٦٧ على ما يأتى : « اتحاد الذمة يبرىء الكفلاء فى الدين ، ولا يخلى المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من المدينين » . والحكم واحد ، كما نرى ، فى التقنينين القديم والجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٨٨ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٧٥ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٢٥ (مطابقة) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٥ ونصها ما يأتى : « إن اجتماع صفتى الدائن والمديون فى شخص الدائن أو فى شخص أحد المديونين لا يسقط الموجب إلا فيما يختص بحصة هذا المديون » . وهذا الحكم مطابق لحكم التقنين المدنى المصرى .

منهما . وإذا اعتبر المدين نفسه قد ورث الدائن فأصبح دائناً مكانه فى الالتزام التضامنى — وهذا هو أفضل الاعتبارين بالنسبة إليه — كان له أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو فيه ، فيستوفى من أى منهما مائتين ، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على شريكه بحصته فى الدين وهى مائة . وهذا مايقضى به نص المادة ٢٨٨ سالفة الذكر .

(الصورة الثانية) أن يموت المدين فيرثه الدائن . ولو كان الوارث ينتقل إليه دين مورثه ، لا تحدث الذمتان ، ولكنهما تتحدان هنا فى شخص الدائن وبقدر حصة المدين فى الدين . ويبقى للدائن بعد ذلك أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الباقيين بمائتين ويكون بذلك قد استنزل حصة المدين الذى ورثه وهى مائة . ونصل إلى نفس النتيجة عملياً لو طبقنا أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث لاينتقل إلى الوارث دين مورثه . ذلك أن الدائن فى هذه الحالة ، ولو لم ينقض الدين باتحاد الذمة وبقيت التركة مسئولة عنه ؛ لايستطيع أن يطالب أيا من المدينين المتضامنين الآخرين بأكثر من مائتين ، إذ لو طالبه بكل الدين وهو ثلثمائة لجاز للمدين أن يطلب استنزال مائة هى حصة التركة التى ورثها الدائن (١) .

---

(١) وإذا كانت التركة معسرة إعساراً جزئياً ، فلم يستطع الدائن الوارث أن يحصل منها إلا على خمسين ، فانه يرجع بالباقى من الدين وهو مائتان وخمسون على أى من المدينين الآخرين (الأستاذ إسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٨٤ هامش رقم ١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد اتحاد الذمة : «يواجه هذا النص حكم اتحاد الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين . ويتحقق ذلك إما من طريق خلافة الثانى للأول ، وإما من طريق خلافة الأول للثانى . وفى كلتا الحالتين لا ينقضى الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه . بيد أن للمدين فى الحالة الأولى ، عندما تقوم به صفة الخلافة عن الدائن ، أن يرجع على باقى المدينين بصفتين : فله أن يرجع على كل منهم بقدر حصته بوصفه مديناً من بينهم ، وله كذلك أن يرجع على كل منهم بجملة الدين بعد استنزال حصته بوصفه دائناً له إذ المفروض أنه أصبح خلفاً لهذا الدائن . أما فى الحالة الثانية ، حيث تقوم بالدائن صفة الخلافة عن المدين ، فيستبقى الدائن حقه فى الرجوع على كل من المدينين المتضامنين بجملة الدين بعد استنزال حصة هذا المدين . ويراعى أن هذه الحالة لا تتحقق فى ظل أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث يظل للدائن بعد موت مورثه المدين حق الرجوع بالدين كاملا على التركة وعلى كل من المدينين الآخرين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢) .

١٩٣ — الابراء : تنص المادة ٢٨٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك » .

« ٢ — فاذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين . وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين » .

وتنص المادة ٢٩٠ على ما يأتى :

« إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، مالم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٢٩١ على ما يأتى :

« ١ — فى جميع الأحوال التى يبرىء فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقاً للمادة ٢٩٨ » .

« ٢ — على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فان الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر »(١) .

---

(١) تاريخ النص :

م ٢٨٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة تحت رقم ٣٠١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ ، تحت رقم ٢٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٤ — ص ٧٥) .

م ٢٩٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٦) .

م ٢٩١ : ورد هذا النص فى المادة ٤١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى تضمن العبارة الآتية فى الفقرة الثانية من النص : وعلى أنه إذا ثبت أن الدائن أراد أن يخلى المدين الذى أبرأه من أية مسئولية —

= عن الدين ... » ، فعدلت هذه العبارة فى لجنة المراجعة على الوجه الذى استقر فى التقنين المدنى الجديد « توخيا لايراد الحكم فى صورته الموضوعية دون أن تختص مسألة الاثبات بالذكر » . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٧ و ص ٨١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق النصوص الآتية :

م ١١٤/١٧٠ : إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين ، ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصة من حصل أبراء ذمته فقط ، ما لم يكن الإبراء عاما للجميع ثابتاً إذ لا يحكم فيه بالظن .

م ١٨٢/٢٤٥ : وإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر قاصراً على حصته فقط ، وينقضى الدين بقدرها فقط .

م ١٨٣/٢٤٦ : لا يجوز لباقى الشركاء المتضامنين فى الدين أن يطالبوا شريكهم الحاصل له الإبراء إلا بقدر حصة الشركاء المعسرين إذا اقتضت الحال ذلك .

وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى الجديد . ولم يورد التقنين المدنى السابق حالة الإبراء من التضامن ، وأوردها التقنين المدنى الجديد فى المادة ٢٩٠ كما رأينا . ولكن التقنين الجديد لم يورد فى هذا الشأن إلا ما هو متفق مع القواعد العامة ، فحكم الإبراء من التضامن فى التقنين القديم متفق مع حكمه فى التقنين الجديد : الموجز للمؤلف ص ٥١٨) .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢٨٩-٢٩١ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى م ٢٧٦ — ٢٧٨ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى م ٣٢٦ — ٣٢٨ (وهى مطابقة ، فيما عدا أن المادة ٣٢٦ عراقى — وهى المقابلة للمادة ٢٨٩ مصرى — لاتورد فى فقرتها الثانية العبارة الأخيرة الواردة فى التقنين المصرى : « إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين ، وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين » . وهذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بها فى العراق دون نص) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى النصوص الآتية : م ٣٠ — إن إسقاط الدين على أحد المديونين المتضامنين يستفيد منه سائر الموجب عليهم ، إلا إذا كان الدائن قد صرح بأنه لا يريد إسقاط الدين إلا عن ذلك المديون وعلى قدر حصته منه ، فعندئذ لا يستفيد المديونون الآخرون إلا بنسبة حصة المديون المبرأة ذمته (وفى هذا يختلف التقنين اللبنانى عن التقنين المصرى ، ففى التقنين المصرى ، كما رأينا ، إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك . أما فى التقنين اللبنانى فإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يبرىء ذمة الباقين ، ما لم يصرح الدائن أنه لم يرد إلا إبراء المدين بقدر حصته) — م ٣٣ : إن الدائن الذى يرضى بتجزئة الدين لمصلحة أحد المديونين يبقى له حق الادعاء على الآخرين بمجموع الدين ، إذا لم يشترط العكس (هذا النص موافق فى الحكم للمادة ٢٩٠ مصرى) — م ٣٧ : إذا وجد التضامن بين المديونين أمكن كلا منهم أن يبرىء ذمة الآخرين جميعاً . . . بأن يتال من الدائن إسقاط مجموع الدين (ولا يختلف الحكم فى القانون المصرى عن هذا الحكم) — م ٣٤ : يزول التضامن حين يسقطه الدائن — م ٣٥ : يكون إسقاط التضامن [illegible] عاماً يشمل جميع المديونين ، وإما شخصياً =

وهذه النصوص تواجه حالتين :

(الحالة الأولى) أن يبرىء الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين . فإذا اقتصر الدائن على هذا الإبراء ، ولم يصرح بغير ذلك ، افترض أنه أراد إبراء ذمة هذا المدين وحده ، فلا يستطيع أن يطالبه بشيء بعد هذا الإبراء ، ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه (١). ففي المثال السابق — الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية — إذا أبرأ الدائن أحد المدينين ، كان له أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن وفى منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة هى حصته من الدين (٢) . فإذا كان هذا الآخر معسراً ، كان للمدين الذى وفى المائتين أن يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر وهو خمسون ، ما لم يتضح أن الدائن عند ما أبرأ هذا المدين أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين ، ففي هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر ، ولا يستطيع مطالبة المدين غير المعسر بالمائتين كلها بل يطالبه بمائة وخمسين .

= مختصاً بواحد أو بعدة منهم . فإذا شمل الإسقاط جميع المديونين ، يقسم الموجب فيما بينهم كما يقسم الموجب المتقارن . وإذا كان الإسقاط شخصياً مختصاً بواحد أو بعدة من المديونين ، فإن الدائن لا يمكنه أن يطالب الذين أسقط التضامن عنهم إلا بنصيبهم ، وإنما يحق له أن يقاضى سائر المديونين على وجه التضامن بمبلغ الدين كله . وإذا وقع لأحد المديونين الذين لم يشملهم إسقاط التضامن إن أصبح غير ملىء ، فإن سائر المديونين ، وفى جملتهم الذين استفادوا من هذا الإسقاط ، يتحملون إيفاء ما يجب عليه من الدين (والمادتان ٤٢ و ٤٣ من التقنين اللبنانى توافقان فى الحكم المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من التقنين المصرى) .

(١) استئناف وطنى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٣ — استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٧١ .

(٢) نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥ — على أنه إذا أفلس أحد المدينين المتضامنين ، وتصالح معه الدائن عن جزء من الدين وأبرأه من الباقى ، فللدائن أن يرجع على أى المدينين المتضامنين الآخرين بكل الدين دون أن يستنزل حصة المدين المفلس فى الجزء الذى أبرأه منه الدائن . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى إذ تقول : « وللمداين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (انظر الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٦٥١ — وانظر المادة ٥٤٤ من التقنين التجارى الفرنسى وتالر وكابيتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤) .

ولكن يجوز للدائن عند إبرائه المدين أن يصرح بما انصرفت إليه نيته بالنسبة إلى المدينين الآخرين . فقد يصرح أنه أراد بإبرائه لأحد المدينين أن يبرىء الباقين ، وعند ذلك ينقضى الدين بالإبراء بالنسبة إليهم جميعا ، ولا يستطيع الدائن بعد ذلك أن يطالب أحداً منهم بشيء ، ولا رجوع لأحد منهم على الآخرين . وقد يصرح ، على النقيض من ذلك ، أنه لم يرد بإبرائه للمدين أن يبرىء المدينين الآخرين حتى من حصة المدين الذى أبرأه ، وأنه يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عليهم بكل الدين . وفى هذه الحالة لا يطالب الدائن المدين الذى أبرأه بشيء ، لكنه يستطيع أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بكل الدين ، أى بثلثمائة ، ولمن دفع منهما أن يرجع على الآخر بمائة وهى حصته من الدين ، ويرجع كذلك على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بمائة وهى حصته من الدين هو أيضا . فكأن إبراء الدائن للمدين مع احتفاظه بحقه فى مطالبة الآخرين بكل الدين لا يعفى المدين من دفع حصته ، ولكن لا للدائن ، بل للمدين الذى وفى كل الدين . وقد يجد المدين الذى وفى كل الدين شريكه الآخر معسراً فيرجع فى هذه الحالة على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر ، وهى خمسون ، فيكون مجموع ما يرجع به عليه مائة وخمسين . وهذا ما لم يتضح أن الدائن عند ما أبرأ المدين الأول أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين ، فعند ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر ، كما يتحمل أيضا حصة هذا المدين فى الدين ما دام قد أخلاه من كل مسئولية عنه ، ولا يستطيع أن يطالب المدين غير المعسر إلا بمائة وخمسين هى حصته من الدين أضيف إليها نصيبه فى حصة المعسر (١) .

---

(١) وتقدير ما انصرفت إليه نية الدائن فى الإبراء مسألة واقع لا معقب على قاضى الموضوع فيها من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اختلف أحد المدينين المتضامنين مع الدائن فى مدى الإبراء الصادر منه وفيما إذا كان يتناول الدين برمته فيستفيد منه كلا المدينين أو هو مقصور على المدين الآخر ، وعرضت المحكمة لهذا النزاع وكانت على بينة من كل ما يستند إليه المدين ، ثم خلصت من بحثها وموازنتها بين حجج الطرفين إلى أن هذا الإبراء خاص بأحد المدينين دون الآخر ، وكان ما ذهبت إليه من ذلك سائغاً فى تفسير الإقرار وعقد شطب بالاختصاص الصادرين من الدائن ولا يتجافى مع ما هو وارد فيهما ، فلا معقب عليها فى ذلك (نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥) .

(الحالة الثانية) أن يبرىء الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط(١) . فعندئذ لا يستطيع أن يطالبه إلا بحصته فى الدين ، وهى المائة(٢) . ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بكل الدين ، أى بثلثمائة . ومتى وفى أحدهما الدين كله رجع على المدين الآخر بمائة وهى حصته فى الدين . ثم رجع على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بمائة وهى حصته فى الدين كذلك . فاذا كان المدين الآخر معسراً ، رجع المدين الذى وفى الدين كله على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر تضاف إليه حصته هو فى الدين ، فيرجع عليه بمائة وخمسين(٣) . وقد يتفق الدائن عند إبرائه للمدين الأول من التضامن ، مع هذا المدين أو مع غيره من المدينين أو معهم جميعاً ، على أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه من التضامن . فيرجع عندئذ على أى منهما بمائتين ، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الآخر بحصته فى الدين وهى مائة . فاذا كان هذا المدين الآخر معسراً ، رجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الذى أبرأه الدائن من

= ولما كان الإبراء إسقاطاً فهو لا يفترض ، بل يجب أن يستخلص فى وضوح وفى غير إبهام . وإذا تضمنته ورقة مكتوبة وجب أن تكون ممضاة من الدائن أو من نائب عنه مفوض له فى الإبراء (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ص ٩٧) .

(١) وقد يكون فى محاسبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين عن حصته فى الدين نزول ضمنى من التضامن بالنسبة إليه (محكمة مصر الكلية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٥ ص ٢٩٩ — ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ١٥٦ ص ٣٢٦ — تعليق الأستاذ سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص٦٥٩) . على أن هذا النزول الضمنى لا يستخلص حتماً ، وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا طالب أحد المدينين المتضامنين بحصته فى الدين وتخالص معه عنها على هذا الوجه ، فليس فى ذلك تنازل عن التضامن لمجرد أن المدين قد دفع حصته فى الدين ، إذ أنه يبقى مع ذلك التزامه بصفته وكيلا عن باقى المدينين وهو التزام يجوز للدائن الرجوع به عليه حتى قبل أن يجرد باقى المدينين من مالهم (٣٠ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٤٦ ص ٩٦٨) .

(٢) قارن فى تعيين حصة المدين المبرأ من التضامن بالنسبة إلى الدائن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٠ .

(٣) انظر فى اضطراب نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى هذه المسألة وتضارب آراء الفقهاء الفرنسيين فى تفسير المادة ١٢١٠ من هذا التقنين بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٩ — فقرة ١٢٨٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٧ وفقرة ١٠٩٥ .

التضامن بنصيبه فى حصة المعسر(١) . كل هذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين من التضامن أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين فيما عدا حصته منه ، فعندئذ ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر ، ولا يرجع على المدين الموسر إلا بمائة وخمسين(٢) .

ويلاحظ أن الإبراء تصرف قانونى كالتجديد ، ومن ثم يتسع فيهما ، كما رأينا ، أن تتجه الإرادة إلى نيات مختلفة . فيقف المشرع عند إحدى هذه النيات يفترض وجودها ، إلا إذا قام الدليل على وجود نية أخرى . وهذا بخلاف أسباب الانقضاء الأخرى — المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم — فهذه كلها وقائع مادية لا تتسع إلا لحكم واحد لا يتغير ، كما رأينا فى المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ ، وكما سنرى فى التقادم (٣) .

---

(١) وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، وعندما أراد الرجوع على باقى المدينين وجدهم جميعاً معسرين ، فانه يستطيع الرجوع على المدين الذى أبرأه من التضامن بكل الدين ، فان هذا المدين بعد أبرائه من التضامن يلتزم بدفع حصته من الدين ، ثم يلتزم بدفع الباقى على أساس أنه يتحمل حصص المعسرين (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٠ — كولميه دى سانتير ٥ فقرة ١٥٠ مكررة ثالثاً — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٣) .

(٢) انظر فى اختلاف الآراء فى الفقه الفرنسى فى هذه المسألة لعدم وضوح نص المادة ١٢١٥ من التقنين المدنى الفرنسى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٢ — فقرة ١٢٦٥ .

وانظر فى المادتين ١٢١١ و ١٢١٣ من التقنين المدنى الفرنسى وهما يضعان قرائن قانونية على وقوع الإبراء من الدائن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٨٣ — فقرة ١٢٨٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٧ — ولا محل لتطبيق هذه القرائن القانونية فى مصر ، فإن القرينة لابد فيها من نص ولم يورد التقنين المدنى المصرى هذه النصوص ، فالقرينة على الأبراء فى القانون المصرى لا تكون إلا قضائية (قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ — ص ٧٩) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الإبراء ما يأتى : « إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين ، أما الباقون فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا أعلن الدائن ذلك . فإن لم يفعل ، بقى كل منهم ملزماً بأداء الدين بأسره بعد استنزال حصة من أبرىء . بيد أن للدائن أن يرجع رغم ذلك على كل من المدينين المتضامنين بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق ، ويكون لمن يقوم بالوفاء عن هؤلاء المدينين فى هذه الحالة حق الرجوع على من أبرىء بحصته فى الدين . ويستخلص مما تقدم أن ثمة قرينتين : (الأولى) قرينة انصراف إرادة الدائن إلى عدم إبراء سائر المدينين ، ما لم يعلن خلاف ذلك . (والثانية) قرينة

١٩٤ — التقادم : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين (١) » .

= انصراف إرادة الدائن إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الإبراء لصالحه، ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بجملة الدين . أما إذا اقتصر الدائن على إبراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، فلا ينهض هذا الإبراء قرينة على أن نيته قد انصرفت إلى إبراء ذمة الباقين من حصة من أبرىء . وعلى ذلك يكون للدائن أن يرجع على كل من هؤلاء المدينين بجملة الدين ، ما لم يصرح أنه أبرأ ذمتهم من حصة من صدر الإبراء لصالحه . ولا يجوز له فى أى حال أن يرجع على من أبرىء من التضامن إلا بقدر حصته فى الدين . . . . . . ويستخلص مما تقدم أن الدائن إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فله أن يرجع على كل من الباقين بكل الدين ، بعد استنزال حصة من أبرىء أو دون استنزال هذه الحصة ، ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدينين بجملة الدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه الدائن أن يرجع بشىء على هذا المدين ، ولكن يثبت له حق الرجوع عليه بحصته لو أنه قام بالوفاء بجملة الدين دون أن يستنزل تلك الحصة . فلو فرض مثلا أن مدينين أربعة التزموا على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه ، وأن دائنهم أبرأ أحدهم من الدين أو من التضامن ، فلهذا الدائن أن يرجع على كل من الثلاثة الباقين بمبلغ ٩٠٠ جنيه أو بمبلغ ١٢٠٠ جنيه على حسب الأحوال . فإذا اقتصر أحد هؤلاء الثلاثة على الوفاء بمبلغ ٩٠٠ جنيه ، فليس له الرجوع بشىء على من أبرىء . أما إذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه ، فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه . وله أن يرجع ، فى كلتا الحالتين ، على كل من المدينين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه . ولو فرض أن أحد هذين المدينين معسر لا مال له ، فلا يكون لمن قام بالوفاء إلا أن يرجع على المدين الموسر ، وفى هذه الحالة يتحمل من أبرىء من المدينين ، سواء ألزم بأداء مبلغ ٣٠٠ جنيه أم برئت ذمته براءة تامة ، نصيبه فى تبعة هذا الإعسار ، فيؤدى فضلا عن حصته فى الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الاقتضاء وهو نصيبه فى حصة المعسر . على أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفسير لنية المتعاقدين ، فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . فإذا أثبت من أبرىء من المدينين أن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إبرائه من كل مسئوليته عن الدين ، تحمل الدائن نصيب هذا المدين فى تبعة إعسار من يعسر من المدينين المتضامنين : وهو مبلغ ١٠٠ جنيه فى الفرض الذى تقدمت الإشارة إليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ — ص ٨٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا انقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بسبب التقادم ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين . على أنه إذا أجبر أحد المدينين على وفاء الدين ، كان له حق الرجوع على الباقين، حتى من انقضى التزامه بالتقادم » . وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا =

ويمكن أن نتصور انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الآخرين فى فروض مختلفة . من ذلك أن يكون الدائن قد قطع التقادم بالنسبة إلى المدينين المتضامنين ما عدا واحداً منهم أغفل أن يقطع التقادم بالنسبة إليه ، وسنرى أن قطع التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين لا يعتبر قطعا للتقادم بالنسبة إلى الآخرين . فيستمر التقادم فى سريانه بالنسبة إلى هذا المدين ، وقد يكتمل دون أن يكتمل التقادم الذى انقطع بالنسبة إلى المدينين الآخرين . ومن ذلك أيضا أن يكون أحد المدينين المتضامنين دينه مؤجل ، والثانى دينه معلق على شرط ، والثالث منجز ، فلا يسرى التقادم بالنسبة الى الأولين إلا

= جعل حكمه متفقاً مع الأحكام الأخرى الخاصة بأسباب انقضاء الالتزام،وأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١/٣٠٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ و ص ٨٤ — ص ٨٥) .

ولم يرد لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه لما لم يكن إلا تقريراً للمبدأ العام الذى أخذ به هذا التقنين ، فقد كان يمكن العمل به فى عهده . وكانت المادة ٢٧١/٢٠٧ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « إذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلى حقه فى التمسك بمضى المدة الموجب لتخلصه من الدين ، فلا يضر ذلك بباقى المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزاماتهم بمضى المدة » . وهذا الحكم ، كما سنرى ، يمكن الأخذ به فى عهد التقنين المدنى الجديد ، فهو موافق للمبدأ العام المقرر فى هذا التقنين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٢٩٢ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٢٧٩ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٢٩ ونصها كالآتى : « إذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم ، استفاد من ذلك باقى المدينين بقدر حصة المدين الذى لا يجوز سماع الدعوى ضده » (وحكم هذا النص موافق لحكم التقنين المصرى) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٧ ونصها كالآتى : « يحق لكل مديون متضامن وللكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن ، كما يحق لدائن آخر للمديون أن يدلى به على الطريقة غير المباشرة » (ولم يبين النص فى وضوح الحكم فيما إذا تمسك أحد المدينين المتضامنين بالتقادم الذى تم لمصلحة مدين آخر . ولكن يظهر من نص المادة ٣٦١ — وتنص على « أن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن فى إقامة الدعوى ، بل يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه ، لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع » — أن التقادم يبرىء ذمة باقى المدينين المتضامنين ، وإن كان الأمر غير واضح وضوحاً كافياً . فإن صح هذا التفسير ، فإن التقنين اللبنانى يختلف حكمه فى هذه المسألة عن حكم التقنين المصرى) .

بعد حلول الأجل وإلا بعد تحقق الشرط ، ويسرى التقادم فورا بالنسبة إلى الثالث فيكتمل فى وقت لم يكتمل فيه بالنسبة الى الأولين .

فاذا وقع ذلك ، وانقضى الدين بالتقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين دون أن ينقضى بالنسبة الى الآخرين ، فان الدائن لا يستطيع أن يطالب من انقضى دينه بالتقادم بشىء بعد انقضاء دينه . ولكن يستطيع مطالبة أيا من المدينين الآخرين الذين لم ينقض دينهم بالدين بعد أن يستنزل منه حصة المدين الذى انقضى دينه بالتقادم . فى المثل السابق — الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية — إذا انقضى دين الأول بالتقادم ، فان الدائن يرجع على أى من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن دفع منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة وهى حصته فى الدين(١).

فاذا كان من دفع المائتين عند رجوعه على الآخر بالمائة وجده معسراً ، فانه يرجع على المدين الذى انقضى دينه بالتقادم بنصيبه فى حصة المدين المعسر ، أى يرجع عليه بخمسين ، ويتحمل هو فى النهاية مائة وخمسين هى حصته فى الدين أضيف إليها نصيبه هو فى حصة المدين المعسر . ولا يعترض على هذا

---

(١) أما فى القانون الفرنسى فن الفقهاء من يذهب إلى هـذا الرأى (كولبه دى سانتير ٥ فقرة ١٤٢ مكررة خامساً — لوران ١٧ فقرة ٣٣٠) ، ومنهم من يذهب إلى أن المدين المتضامن يحتج بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة إلى مدين غيره ، لابقدر حصة هذا المدين فحسب ، بل بكل الدين ، فتبرأ ذمة المدينين جميعاً إذا اكتمل التقادم بالنسبة إلى أحدهم ولو لم يتكامل بالنسبة إلى الآخرين (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٣ — فقرة ٤١٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٢ — فقرة ١٢٥٣) .

ويجب التمسك بالتقادم ، إما من المدين الذى انقضى دينه به ، وإما من مدين آخر إذا بدأ الدائن بالرجوع عليه قبل الأول (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٩ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٢ ص ٢٨٧) . وإذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى الجميع ، ثم لم يتمسك أحدهم به أو نزل عنه ، فسنرى (انظر مايلى فقرة ١٩٦) أن ذلك لايضر بالآخرين (انظر أيضاً المادة ٢٠٧/٢٧١ من التقنين المدنى السابق — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٩) . كذلك إذا اكتمل التقادم لأحد المدينين ، ورجع الدائن على مدين غيره ، فلم يتمسك هذا بالتقادم ليستنزل حصة المدين الذى تقادم دينه ، بل دفع الدين كله ، فليس له أن يرجع على المدين الذى تقادم دينه بحصته فى الدين (الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٨٧ هامش رقم ٢) .

الحكم بأن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم لا يجوز الرجوع عليه بشىء بعد أن انقضى دينه، ذلك لأن المدين الذى دفع المائتين لايرجع عليه بالدين القديم الذى انقضى بالتقادم ، وإنما يرجع عليه بدعوى الوكالة أو الفضالة كما سنرى، وهذه الدعوى لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها الا من وقت دفع المائتين . ونرى من ذلك أن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم ، إذا هو أمن مطالبة الدائن له ، فانه لا يأمن رجوع مدين آخر يطالبه بنصيبه فى حصة مدين معسر، ولا يستطيع أن يتخلص من هذه المطالبة بالرغم من تقادم دينه الأصلى .

§ ٣ — الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين

١٩٥ — المبدأ العام : قدمنا أن للتضامن آثاراً ثانوية (effets secondaires) ترجع الى قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين ، بموجبها يكون كل مدين متضامن ممثلا للآخرين ونائبا عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم(١).

---

(١) أما فى فرنسا فالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين كانت معروفة منذ عهد القانون الفرنسى القديم ، قال بها ديمولان وبوتييه من بعده ، ثم تبعهما فى ذلك فقهاء القانون الفرنسى الحديث . والنيابة التبادلية ، كما هى مفهومة فى فرنسا فى العصر الحاضر ، وكما كانت مفهومة فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق تبعاً للفقه الفرنسى ، تقضى بأن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما يحفظ الالتزام ، وفيما يستبقيه ، لا فيما يزيد من عبئه (ad conservandam vel perpetuandum, non ad augendam) . ومن ثم يكون إعذار أحد المدينين المتضامنين إعذاراً للباقين ، وتكون مطالبته القضائية مطالبة للباقين ، ويكون قطع التقادم بالنسبة إليه قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقين ، ويكون الحكم عليه حكماً على الباقين ، وفى هذا كله مثل المدين المتضامن سائر المدينين فيما يضر وإن كان لا يزيد من عبء الالتزام . على أن من يراجع نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى التضامن، وتضارب آراء الفقهاء فى تفسيرها ، يدرك أن هذه النصوص لم تنتظمها وحدة دقيقة من منطق منسجم . انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٣ ص ٤٥٤ — ص ٤٥٥ . وقد التزم التقنين المدنى المصرى الجديد فى نصوصه التى أوردها فى هذا الموضوع الهام ، كما سنرى ، هذه الوحدة الدقيقة ، ولم يحد عنها فى أى نص ، إذ جعل النيابة التبادلية تقوم فى جميع الأحوال فيما ينفع سائر المدينين المتضامنين لا فيما يضرهم ، فتمحضت هذه النيابة لمصلحة المدينين .

ويذهب دى باج إلى أن فكرة النيابة التبادلية فى القانون الفرنسى تهدف إلى غرض عملى محض ، هو تقوية التضامن وجعله ينتج أبعد الآثار لمصلحة الدائن ، فيستطيع هذا بإجراء =

وقد طبق التقنين المدنى هذا المبدأ العام تطبيقات تشريعية مختلفة :

(١) فاذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، لم يضر ذلك بباقى المدينين ولم يجز للدائن أن يتمسك بقطع التقادم أو بوقفه قبلهم .

(٢) واذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ فى تنفيذ التزامه يستوجب مسئوليته . لم يضر ذلك بباقى المدينين .

= يتخذه قبل مدين واحد أن يحدث الآثار التى تنتج فيما لو اتخذ هذا الإجراء قبل جميع المدينين (دى باج ٣ فقرة ٣٥٨ ص ٣٢٧) . وإذا أخذنا بهذا الرأى ، تبين أن فكرة النيابة التبادلية فى فرنسا إنما هى لتقوية ضمان الدائن ، أما فى مصر فقد أصبحت فى عهد التقنين المدنى الجديد متمحضة لمصلحة المدينين (انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٣ ص ٢٩٠) .

ويستعرض بودرى وبارد التقنينات الأجنبية المختلفة ، فيما يتعلق بآثار التضامن . ليقارن فيما بينها . فبعضها يسير على غرار التقنين الفرنسى ، كما هى الحال فى التقنين البرتغالى وفى التقنين الشيلى وفى التقنين المصرى السابق . وبعضها يوسع فى آثار التضامن ويزيد فيها على التقنين الفرنسى ، كما فعل التقنين الأسبانى إذ جعل سائر المدينين المتضامنين مسئولين عن خطأ أحدهم ، وكما فعل التقنين الأرجنتينى إذ جعل اتحاد الذمة يقضى الدين كله بالنسبة إلى جميع المدينين ، وكما فعل التقنين الإيطالى السابق إذ جعل كل مدين يحتج بقدر حصته فى الدين بالمقاصة التى وقعت لأحد منهم . وبعضها يضيق من آثار التضامن ، وقد فعل ذلك بنوع خاص التقنين الألمانى . فى هذا التقنين لا أثر للتضامن إلا فيما يتعلق بالوفاء والوفاء بمقابل والمقاصة ، أما الإعذار والخطأ واستحالة التنفيذ والتقادم وقطعه ووقفه واتحاد الذمة والحكم فلا أثر للتضامن فيها . فالتقنين الألمانى يستبعد فكرة النيابة التبادلية ويضيق كثيراً من الآثار الأخرى للتضامن ، ولكنه من جهة أخرى يوسع من حالاته : فالتضامن يفترض فى العقد ، والورثة متضامنون فى تنفيذ التزامات المورث ويتضح من ذلك ألا محل فى التقنين الألمانى للتمييز بين التضامن الكامل والتضامن الناقص ، ما دامت فكرة النيابة التبادلية ، وهى التى تميز بين النوعين ، قد استبعدت . والتقنين السويسرى يقرر أن المدين المتضامن لا يستطيع بعمله أن يسوىء مركز المدينين الآخرين ، فمطالبة أحد المدينين بالفوائد لا يجعلها تسرى فى حق الآخرين ، ولكن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين يقطعه بالنسبة إلى الباقين لتوقى مضاعفة مصروفات قطع التقادم . ويوسع التقنين السويسرى هو أيضاً من حالات التضامن ، فالوكلاء وحافظو الوديعة متضامنون إذا تعددوا ، ولكنه لا يفترض التضامن فى العقد بوجه عام (انظر فى كل ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٠٧ فقرة ١٣١١ — وانظر فى المقارنة بين التقنين الفرنسى والتقنين الألمانى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٨) .

(٣) وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو طالبه مطالبة قضائية ، لم يضر ذلك المدينين الآخرين ، ولم ينتج الإعذار أو المطالبة القضائية أثراً بالنسبة إليهم . لكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، نفع هذا باقيهم وأفادوا من هذا الإعذار .

(٤) وإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى أو أى نفع للمدين ، أفاد الباقون من ذلك . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمة المدين التزاماً جديداً أو يزيد فيما هو ملتزم به أو يسوىء مركزه على أية صورة من الصور ، فان هذا الصلح لا يضر الباقين ولا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه .

(٥) وإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، لم يضر هذا الإقرار بباقى المدينين واقتصرت حجيته على المقر دون أن تسرى فى حق الباقين . أما إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، أفاد الباقون من إقراره .

(٦) وإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين دون غيره فحلف ، أفاد باقى المدينين من ذلك . أما إذا نكل ، لم يضار بنكوله الباقون . كذلك إذا وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين إلى الدائن فحلف ، لم يضار بذلك باقى المدينين . أما إذا نكل ، أفاد من نكوله الباقون .

(٧) وإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يسر هذا الحكم فى حق الباقين ولم يحتج به عليهم . أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، أفاد الباقون منه ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه (١) .

هذه هى التطبيقات التشريعية للمبدأ العام السالف الذكر ، نستعرضها على التعاقب تفصيلا فيما يلى . وقد سبقت الإشارة إلى أن هذه الآثار الثانوية للتضامن السلبى لا تحدث فيما أسميناه بالالتزام التضامى (obligation in solidum) ، ففى هذا الالتزام لا تكون هناك نيابة تبادلية بين المدينين المتعددين ، إذ لا توجد

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٣ .

رابطة مشتركة بينهم أكثر من أن كلا منهم مدين بنفس الدين. فاذا أعذر أحدهم الدائن لم يفد الباقون من ذلك؛ وإذا أعذر الدائن أحدهم لم يسر الإعذار فى حق الباقين. وإذا أقر الدائن لأحدهم لم يفد الباقون من الإقرار، وإذا أقر أحدهم للدائن لم يسر الإقرار فى حق الباقين. وقل مثل ذلك فى سائر الآثار الثانوية.

١٩٦ — انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين (١) ».

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية للمادة ٤١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٤/٢ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٩٢/٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ و ص ٨٤ — ص ٨٥) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٠/١٦٦ ، ونصها ما يأتى : « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين » . وقد كتبنا فى الموجز فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا الصدد ما يأتى : « والفكرة الأخرى الجوهرية فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بالبعض الآخر هى النيابة التبادلية . فكل مدين نائب عن بقية المدينين فيما لا يزيد من عبء الالتزام . وإلى هذا تشير المادتان ١١١/١٦٧ : لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين . وإذا كان الدين غير قابل للتحويل ، وقبل تحويله أحد المدينين المتضامنين ، فلا يسرى هذا القبول على المدينين الآخرين ، إذ لا نيابة فيما يزيد عبء الالتزام . كذلك إذا قبل أحد المدينين المتضامنين أن يدفع فوائد لم يكن ملزماً بدفعها ، أو أن يزيد فى الفوائد التى التزم بدفعها ، فإن هذه الزيادة فى عبء الدين لا تسرى فى حق المدينين الآخرين . أما فى حدود الالتزام ، فكل مدين نائب عن المدينين الآخرين ، ويترتب على هذه النيابة التبادلية النتائج الآتية : (١) إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين يعتبر إعذاراً للباقين . وتتولد آثار الإعذار بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، بما فى ذلك التعويض عن التأخير وضمان الهلاك . (٢) مطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية تعتبر مطالبة للباقى ، وتتولد آثار المطالبة القضائية بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، بما فى ذلك قطع سريان التقادم واستحقاق الفوائد . وإلى هاتين النتيجتين تشير المادتان ١١٠/١١٦ : مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين =

قد يقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، بأن يطالبه بالدين مطالبة قضائية أو يرسل إليه تنبيهاً (commandement) أو يوقع عليه

= يسريان على باقى المدينين (٣) الحكم على أحد المدينين المتضامنين حكم على الباقى، ألا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطئ مع الدائن أو أنه أهمل فى الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفوع خاصة به . ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، استفاد منه الباقى ، وقد رأينا تطبيق هذا المبدأ فى تضامن الدائنين . فالقاعدة إذن أن المدين المتضامن أو الدائن المتضامن يمثل شركاءه المتضامنين معه فى الدعوى التى يدخل طرفا فيها ، فإذا حكم له أو عليه تعدى أثر هذا الحكم إلى شركائه بفضل هذه النيابة التبادلية . إلا أن هؤلاء الشركاء يستطيعون أن يدفعوا عنهم أثر حكم لم يصدر لصالحهم ، إذا أثبتوا أن شريكهم الذى دخل طرفا فى الدعوى قد تواطأ مع من صدر الحكم لمصلحته ، أو أنه أهمل فى الدفاع عن حقه ، ويستطيع أحد الشركاء كذلك أن يدفع عنه أثر الحكم إذا ثبت أن عنده دفوعا خاصة به من شأنها أن تحول الحكم لمصلحته . ومعنى أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين أوله حكم على الباقى أولهم أن هذا الحكم يكون حجة عليهم أولهم ، وليس معناه أن المدين المتضامن الذى لم يكن طرفا فى الدعوى ينفذ عليه أو ينفذ بمقتضى هذا الحكم . وإذا صدر الحكم لصالح الدائن فى مواجهة جميع المدينين المتضامنين فإن المعارضة أو الاستئناف أو النقض الذى يرفعه أحد هؤلاء المدينين يفيد الباقين حتى لو لم يطعنوا فى الحكم بأنفسهم » (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٠) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٣ .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدنى السابق كان يتضمن مبدأ يقضى بالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين والدائنين المتضامنين لا فيما ينفع فحسب ، بل أيضاً فيما يضر ، إلا إذا كان فى ذلك زيادة فى عبء الدين كأن تزيد فوائده أو أن يصبح قابلا للتحويل (استئناف أهلى ١٧ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢١) . أما ما ينتج من الآثار من الإعذار والمطالبة القضائية ، كاستحقاق التعويض وتحمل تبعة الهلاك وسريان الفوائد وقطع التقادم ، فهذا كله لا يعتبر زيادة فى عبء الدين ، إذ هو من النتائج الطبيعية للدين ذاته ، وهو وإن كان ضاراً بالمدينين المتضامنين الآخرين إلا أنه يسرى فى حقهم بمقتضى هذه النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر إلا مايزيد فى عبء الدين . وقد جارى التقنين المدنى السابق فى كل هذا الفقه الفرنسى ، كما بينا فيما تقدم .

ويتضح من ذلك أن الآثار الثانوية للتضامن — وهى التى نحن بصددها — يختلف فيها التقنين السابق عن التقنين الجديد . ففى التقنين السابق ، قطع التقادم ووقفه فى حق أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم ووقفاً له فى حق الآخرين ، وإعذار أحد المدينين المتضامنين أو مطالبته مطالبة قضائية يسرى فى حق المدينين الآخرين ، وكذلك يحتج بالحكم الصادر فى مواجهة أحد المدينين المتضامنين وبالاجراءات الصحيحة المتخذة قبله على الباقين (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٨ ص ٥٢٤ — الجيزة ٤ يناير سنة ١٩٣٩ . =

حجزاً أو يحصل منه على إقرار بالدين أو يقوم بأى عمل آخر من الأعمال التى تقطع التقادم (م ٣٨٣ — ٣٨٤ مدنى) . ولما كان هذا المدين لا يمثل باقى المدينين ولا ينوب عنهم فى الأعمال التى تضرّ بهم ؛ وكان قطع التقادم ضارّاً بهم إذ أن من مصلحتهم أن يستمر التقادم فى سريانه ولا ينقطع ، فان التقادم فى هذه الحالة لاينقطع إلا بالنسبة إلى المدين الذى قطع الدائن التقادم معه وحده ، ويستمر التقادم سارياً بالنسبة إلى الباقى حتى يكتمل . ومن ثم جاز أن يكتمل التقادم فى حق بعض المدينين المتضامنين دون أن يكتمل فى حق بعض آخر ، كما رأينا فيما تقدم . ومن أجل ذلك أيضاً إذا أراد الدائن أن يقطع التقادم فى حق جميع المدينين المتضامنين ، وجب عليه أن يتخذ إجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم

= المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٧٦ — استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٣ — ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٤٩ — ١٠ نوفبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٥ ص ٨٨ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٩٣ ص ٢٣٥ — ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٥٠ ص ٢٩ — ١٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٤٦ — ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٨ . ولكن انظر عكس ذلك : استئناف مصر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩١ ص ١١٦٢ — استئناف أسيوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١١٣) .

وفيما استحدثه التقنين الجديد من أحكام فى هذا الشأن لا يسرى هذا التقنين بأثر رجعى ، فتبق أحكام التقنين السابق سارية على الالتزامات التضامنية التى نشأت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ولو صدر الإعذار أو وقعت المطالبة القضائية أو قطع التقادم أو صدر الحكم بعد هذا التاريخ ، إذ العبرة بتاريخ نشوء الالتزام التضامنى ، فهو ينشأ خاضعاً للنظام القانونى الذى كان ساريا وقت نشوئه .

ويقابل نص المادة ٢٩٢/٢ من التقنين المدنى المصرى الجديد فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٢/٢ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٧٩/٢ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٢٩/٢ (وهى مطابقة) .

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٦/٢و٣ ، وتجريان على الوجه الآتى :

إن الأسباب التى توقف حكم مرور الزمن يمكن إبقاؤها شخصية ومختصة بأحد الدائنين . ولكن الأسباب التى تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد المديونين المتضامنين تقطعه أيضاً بالنظر إلى الآخرين — ويختلف التقنين اللبنانى ، كما نرى ، فى قطع التقادم عن التقنين المصرى . فنى التقنين اللبنانى — كما كان الأمر فى التقنين المصرى السابق وكما هو الأمر الآن فى التقنين الفرنسى — قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يقطعه بالنسبة إلى الباقين .

حتى ينقطع التقادم فى حق الجميع (١) . وقد قدمنا مثل ذلك فى التضامن الإيجابى ولكن بنتيجة عكسية ، فاذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم فى حق المدين ، أفاد هذا العمل باقى الدائنين. وانقطع التقادم لمصلحة الجميع (٢) .

وقد يقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الباقى . ويتحقق ذلك مثلا بأن تكون زوجة دائنة لزوجها ومعه مدينون آخرون متضامنون فى نفس الدين ، أو بأن يكون قاصر دائناً لوصيه ومع الوصى مدينون آخرون متضامنون . ففى هذه الحالة يقف التقادم بين الزوجة وزوجها لقيام المانع الأدبى (م ١/٣٨٢ مدنى) ، وبين القاصر ووصيه لقيام علاقة الأصيل بالنائب (م ١/٣٨٢ مدنى) . ولما كان وقف التقادم ضاراً بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فان المدين الذى وقف التقادم فى حقه لا يكون ممثلا للباقين فيما يضرهم ، ومن ثم لا يقف التقادم فى حق المدينين المتضامنين الآخرين وإن وقف فى حق الزوج وفى حق الوصى . هذا إلى أن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام ، فيقتصر أثرها عليهما . فلا بد إذن من أن يقوم سبب وقف التقادم فى حق كل مدين متضامن على حدة ، حتى يقف فى حق الجميع . ومن هنا جاز أيضاً أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين ، دون أن يكتمل بالنسبة إلى بعض آخر ، بأن يكون موقوفاً بالنسبة إلى هذا البعض وحده. إما فى التضامن الإيجابى . فقد رأينا أنه إذا قام بأحد الدائنين المتضامنين سبب لوقف التقادم ، فان التقادم يقف بالنسبة اليه وحده دون سائر الدائنين المتضامنين ، وإن كان وقف التقادم يفيدهم وكان ينبغى وفقاً للمبدأ العام أن يتعدى أثره إليهم ، ولكن لما كانت أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام ، فان الأثر يقتصر على من قام بشخصه سبب الوقف (٣) .

---

(١) أما فى فرنسا فقطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقين (المادة ١٢٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٤ — فقرة ١٢٢١) . ولكن وقف التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يكون وقفاً له بالنسبة إلى الباقين (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٢ — فقرة ١٢٢٣) .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٤ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٤٤ .

هذا وقد يقع أن يتمسك بعض المدينين المتضامنين بالتقادم دون بعض آخر ، في غير صورتي انقطاع التقادم ووقفه . إذ يجوز أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين . ويستطيع كل منهم أن يدفع بسقوط الدين بالتقادم ، ولكن لما كان لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يدفع به المدين (م ٣٨٧ مدني) ، فقد يترك بعض المدينين المتضامنين هذا الدفع فلا يسقط الدين بالتقادم بالنسبة إليهم . وفي هذه الحالة يكون ترك الدفع بالتقادم من بعض المدينين ضاراً بالباقي ، فلا يسري في حقهم . ويجوز أن يدفعوا هم بالتقادم بالرغم من ترك الآخرين لهذا الدفع . وقد كان في التقنين المدني السابق نص صريح في هذا المعنى ، وهو يقضي بأنه « إذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي حقه في التمسك بمضي المدة الموجبة لتخلصه من الدين ، فلا يضر ذلك بباقي المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزامهم بمضي المدة » (٢٢٧/٢٠٧ مدني قديم) . ولكن لما كان هذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر ، فانه واجب التطبيق دون نص في عهد التقنين المدني الجديد (١) .

---

(١) وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يكون قطعاً له بالنسبة إلى الآخرين ، فمن باب أولى لا يكون قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل ولو كان متضامناً مع المدين الأصلي قطعاً للتقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التقنين المدني السابق حيث كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين قطعاً له بالنسبة إلى الباقي ، وذلك لأن التزام الكفيل — ولو كان متضامناً — التزام تبعي ، فلا يستلزم قطع التقادم بالنسبة إليه قطعه بالنسبة إلى المدين الأصلي . وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) يجري فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠) . وقضت أيضاً في هذا المعنى بأن ماورد في المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) من أن « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى بالدين يسريان على باقي المدينين » هو استثناء من الأصل الذي من مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالدين لا يتعدى أثره من وجه إليه الطلب . فلا يجوز أن يسوى في حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن ، لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مديناً أصلياً ، بل يبقى التزامه تبعياً ، وينبني على كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضي حتماً بانقضائه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة إلى الكفيل ، ولا فرق في هذا بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه أسس قضاءه =

١٩٧ — خطأ أحد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٣ مدنى على ما يأتى :

« لا يكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله » (١) .

وهذا تطبيق آخر لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما يضر . فالمفروض أن أحد المدينين المتضامنين قد ارتكب خطأ فى تنفيذ التزامه جعله مسئولا عن التعويض أمام الدائن ، فهذا الخطأ يكون هو وحده المسئول عنه ، ولا يتعدى أثره إلى باقى المدينين . بل يكون كل من هؤلاء مسئولا عن تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينيًا ، دون أن يكون مسئولا عن التعويض الناشىء عن خطأ المدين المتضامن الذى وقع فى هذا الخطأ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « تتمثل فى المادة ٤١٧ (م ٢٩٣ مدنى) أوضح

= على أن الدعوى رفعت على الضامن المتضامن وعلى أن رفع الدعوى على الضامن المتضامن يقطع التقادم بالنسبة إليه وإلى المدينين على السواء ، كان هذا خطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٣ ص ٩١٩) . أنظر عكس ذلك : بنى سويف ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٥ ص ١١١٥ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى صدر المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وذكر فى هذه اللجنة أن المقصود بكلمة « فعله » هو كل فعل يعزى إلى أحد المدينين ويسأل عنه هو نفسه دون الآخرين ، متى كان من شأنه زيادة الدين ، تمشياً مع فكرة اقتصار نيابة المدينين عن بعضهم فيما ينفع لا فيما يضر . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٣ الفقرة الأولى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ وص ٨٧ — ص ٨٨) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به تطبيقاً للمبدأ القاضى بألا نيابة فيما يزيد من عبء الالتزام .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٣/١ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٠/١ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٠ فى صدرها (وهى مطابقة) .

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٨ ، وتجرى على الوجه الآتى : إن كلا من المديونين المتضامنين مسئول عن عمله فقط فى تنفيذ الموجب ، والإنذار الموجه على أحدهم لا يسرى مفعوله على الآخرين — وهذا النص مطابق فى الحكم لنص التقنين المصرى .

تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسيء إعمالها إلى مركز المدينين المتضامنين ، والإبقاء عليها حيث يفضي ذلك إلى توفير نفع لهم . فكل مدين من المدينين المتضامنين لا يسأل فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله ، فاذا وقع من أحدهم خطأ جسيم ، ووقع من الثانى خطأ يسير ، وامتنع على الثالث أن يفى بالتزامه من جراء سبب أجنبى ، كانت تبعة الأول أشد وقراً من تبعة الثانى ، وبرئت ذمة الثالث وحده . وقد طبقت المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى هذا الحكم ، فقضت بأنه إذا هلك الشيء الواجب أداؤه بخطأ واحد أو أكثر من المدينين المتضامنين ، أو بعد إعذار المسئول أو المسئولين منهم ، فلا يسقط عن سائر المدينين المتضامنين التزامهم بالوفاء بثمن هذا الشيء (١) . ومع ذلك فلا يلزم هؤلاء بالتعويض . وللدائن فقط أن يقتضى التعويض من المدينين الذين ترتب الهلاك على خطأهم أو الذين أعذروا من قبل (٢) » .

ولتصوير ما ورد فى المذكرة الإيضاحية نفرض أن ثلاثة باعوا متضامنين شيئا لمشتر واحد ، فهؤلاء الثلاثة مدينون بالتضامن بتسليم الشيء إلى المشترى . فاذا كان اثنان منهم منوطا بهما حفظ الشيء إلى وقت تسليمه ، وقصر واحد منهما فى حفظه تقصيراً جسيما حتى هلك ، وقصر الآخر فى الحفظ تقصيرا يسيرا . أما الثالث فلم يكن منوطا به حفظ الشيء كما قدمنا ، فان الثلاثة يكونون متضامنين فى رد الثمن إلى المشترى ، وفقاً لأحكام المادة ٤٣٧ مدنى والتى تقضى بأنه إذا هلك البيع قبل التسليم لسبب لا بد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن . ثم إن المدينين اللذين ارتكبا تقصيرا فى حفظ الشيء يكونان متضامنين فى تعويض المشترى ، فوق رد الثمن ، عن التقصير اليسير الذى ارتكبه الثانى منهما . ويكون الأول ، وهو الذى ارتكب الخطأ الجسيم ، مسئولا وحده عن تعويض إضافى

---

(١) ويلاحظ أن حكم التقنين المدنى الفرنسى فى هذه المسألة منتقد ، لأن البائع لا يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم – كما يتحمل البائع هذه التبعة فى مصر – فكان الواجب ألا يكون البائع الذى لم يصدر من جانبه خطأ مسئولا حتى عن رد الثمن . أما فى مصر ، فهو مسئول عن رد الثمن ، بمقتضى تحمله لتبعة هلاك المبيع . فنص المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى هو إذن أكثر انطباقاً على حالة القانون فى مصر منه على حالة القانون فى فرنسا (انظر آنفا فقرة ١٨٩ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ .

بسبب تقصيره الجسيم . ثم إن المشترى إذا رجع على المدين الثالث بكل الثمن ، ورجع على المدين الثانى بكل التعويض الناشىء عن التقصير اليسير ، ورجع على المدين الأول بالتعويض الإضافى الناشىء عن التقصير الجسيم ، فان المدين الثالث ، ولم يصدر منه أى تقصير ، يرجع بالثمن الذى رده للبائع على المدينين الأول والثانى كل بقدر حصته ، ثم يرجع المدين الثانى على المدين الأول بحصته فى التعويض عن التقصير اليسير ، ولا يرجع المدين الأول بشىء على أحد فى التعويض الإضافى الذى استحق عليه بسبب تقصيره الجسيم ، فهذا فعله هو فيستقل بنتائجه ، ولا يشترك معه أحد فى المسئولية الناجمة عنه (١).

وهذا هو أيضا الحكم ، كما رأينا ، فى التضامن الإيجابى . فاذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ ، كان هو وحده المسئول عنه دون سائر الدائنين .

١٩٨ — الإعذار والمطالبة القضائية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٣ مدنى على ما يأتى :

« وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين . أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعذار (٢) » .

---

(١) وإذا كان المدين الثالث يرد الثمن إلى المشترى ، فإن ذلك لايرجع إلى أنه ملزم نحو الدائن بدفع قيمة الشىء دون التعويض — كما ذهب الأستاذ عبد الحى حجازى (١ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١) — وإنما يرجع كما قدمنا إلى أنه بائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم ، أى يرجع إلى قاعدة قانونية أخرى لا علاقة لها بقواعد التضامن (قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٩١ هامش رقم ١ — وانظر آنفاً فقرة ١٨٩ فى الهامش فيما يتعلق باستحالة التنفيذ) — ولكن إذا قدر التعويض فى صورة شرط جزائى ، كان المدينون المتضامنون كلهم مسئولين عن هذا الشرط الجزائى ، فقد التزموا به جميعاً متضامنين عن طريق التعاقد ، فهو والمحل الأصلى للالتزام فى ذلك سواء (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٤ ص ٤٠٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٣٣ ص ٦١٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدى فى عجزها على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة المادة ٣٠٥ فى المشروع النهائى ، بعد أن جعل النص فقرتين . ثم وافق عليه مجلس النواب =

وهنا أيضا يضطرد تطبيق المبدأ العام . فاذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين ، كان لهذا الإعذار نتائج قانونية بسطناها فى الجزء الثانى من الوسيط. منها أن يستحق التعويض على المدين المعذر الذى تخلف عن تنفيذ التزامه ، ومنها أن يتحمل هذا المدين المعذر تبعة هلاك الشىء الواجب التسليم للدائن. ولما كانت هذه النتائج القانونية ضارة بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فان إعذار المدين المتضامن لا يسرى أثره فى حقهم . فاذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين ، كان هو وحده الذى يحمل تبعة هلاك الشىء ، وكان هو وحده المسئول عن التعويض . أما المدينون الآخرون فلا يسألون عن التعويض ، ولا يحملون تبعة الهلاك . وإذا أراد الدائن أن يحملهم جميعا هذه النتائج ، وجب عليه أن يعذرهم

= فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ و ص ٨٧ — ص ٨٨) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٠/١٦٦ ، وهذا نصها : « معالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين » . وقد قدمنا أن التقنين المدنى السابق يختلف عن التقنين المدنى الجديد فى آثار الأعذار والمطالبة القضائية فى حق أحد المدينين المتضامنين ، فإنها فى التقنين السابق تتعدى إلى سائر المدينين . وقد سبق تفصيل القول فى ذلك (انظر آنفا فقرة ١٩٦ فى الهامش) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٣/٢ وهى مطابقة — وفى التقنين المدنى الليبى ٢٨٠/٢ وهى مطابقة — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٠ (فى عجزها) وهى مطابقة — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٠ و ٣٨ . وتنص المادة ٣٠ من هذا التقنين على « أن تأخر الدائن (إعذاره) بالنظر إلى أحد الموجب عليهم يستفيد من نتائجه الآخرون » . وتنص المادة ٣٨ منه على « أن كلا من المديونين المتضامنين مسئول عن عمله فقط فى تنفيذ الموجب . والإنذار (الإعذار) الموجه على أحدهم لا يسرى مفعوله على الآخرين » . ويلاحظ أن التقنين اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى فيما يتعلق بالإعذار ، ففى التقنينين إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين لا أثر له بالنسبة إلى الباقى ، أما إعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن فإنه يفيد الباقى . ولكن التقنين اللبنانى لم يذكر حكم المطالبة القضائية الموجهة من الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين ، وهل تقتصر آثارها على هذا المدين فلا تتعدى إلى باقى المدينين . ولما كان التقنين اللبنانى لا يطبق تطبيقاً مضطرداً مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ، فحكم هذه المسألة فيه يقتضى اجتهاداً وإمعانا فى النظر ، لا سيما أن من آثار المطالبة القضائية قطع التقادم . وقد صرح التقنين اللبنانى كما رأينا (م ٣٦/٣) بأن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يقطع التقادم بالنسبة إلى الباقين ، وهذا الحكم يتعارض مع المبدأ القاضى بأن المدين المتضامن لا يمثل باقى المدينين فيما يضر .

كلهم ، ولا يقتصر على إعذار واحد منهم فقط . وهذا هو نفس الحكم فى التضامن الإيجابى كما رأينا ، فاذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين ، لم يسر أثر هذا الإعذار فى حق الدائنين الآخرين(١).

ولكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان هذا الإعذار تترتب عليه نتائج قانونية ، أهمها أن الشيء ، إذا كانت تبعة هلاكه على المدين ، فبعد أن يعذر المدين الدائن ، تنتقل تبعة هلاكه إلى الدائن . فاذا فرض أن أشخاصا ثلاثة باعوا عينا معينة بالذات لمشتر واحد ،وتضامنوا جميعاً فى الالتزام بتسليمها إلى المشترى ، فتبعة هلاك العين قبل التسليم يتحملها البائعون الثلاثة (م ٤٣٧ مدنى) . فاذا أعذر أحد البائعين المتضامنين المشترى يدعوه لتسلم العين وتأخر المشترى فى تسلمها . ثم هلكت العين بسبب أجنبى ، فان المشترى هو الذى يحمل تبعة الهلاك ، فلا يسترد الثمن إذا كان قد دفعه ويلتزم بدفعه إذا كان لم يدفعه ، وذلك لا بالنسبة إلى البائع الذى صدر منه الإعذار وحده، بل أيضا بالنسبة إلى البائعين الآخرين اللذين لم يصدر منهما الإعذار . وتعليل هذا الحكم هو أن إعذار المدين المتضامن للدائن تفيد نتائجه المدينين الآخرين — بعكس إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين — ومن ثم يفيد المدينون الآخرون من هذا الإعذار ، ويتعدى أثره إليهم . وهذا هو أيضا الحكم، كما رأينا ، فى التضامن الإيجابى ، فاعذار أحد الدائنين المتضامنين للمدين يفيد سائر الدائنين(٢) .

وقد يقوم الدائن بمطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية بالدين . ولهذه المطالبة القضائية آثار قانونية مختلفة ، نذكر منها أنها تقطع التقادم ، وأنها تجعل الفوائد تسرى . ولما كانت هذه النتائج ضارة بالمدينين الآخرين ، وكان المدين الذى طولب مطالبة قضائية لا يمثل الآخرين فيما يضرهم ، لذلك لا تتعدى آثار هذه المطالبة إلى باقى المدينين المتضامنين . فيكون المدين الذى طولب قضائياً هو وحده الذى ينقطع فى حقه التقادم ،وهو وحده الذى تسرى

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

فى حقه الفوائد القانونية(١) . وإذا أراد الدائن أن يجعل هذه النتائج تسرى فى حق الآخرين ، وجب عليه أن يطالب كلا منهم على حدة مطالبة قضائية بالدين ، أو أن يجمعهم كلهم فى مطالبة قضائية واحدة(٢) .

١٩٩ — الصلح مع أحد المدينين المتضامنين : تنص المادة ٢٩٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فانه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه »(٣) .

---

(١) أما فى القانون الفرنسى ، فمطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين تجعل الفوائد تسرى فى حق الآخرين (م ١٢٠٧ من التقنين المدنى الفرنسى وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٧ — فقرة ١٢٣٠) . ويعلل الفقهاء الفرنسيون المعاصرون هذا الحكم بأن المدين الذى طالبه الدائن لو أنه وفى الدين فى الحال ، لرجع على باقى المدينين بالفوائد ، ويستوى لدى هؤلاء المدينين أن يدفعوا الفوائد للدائن أو أن يدفعوها للمدين الذى وفى الدين . ويقول بلانيول وريبير وجابولد إن التعليل الحاذق لم يفكر فيه واضعو التقنين المدنى الفرنسى ، وكل ما قصدوا إليه عندما قرروا هذا الحكم هو أن يزيدوا للدائن من مزايا التضامن ، فيستطيع بمطالبة مدين واحد من المدينين المتضامنين أن يصل إلى نفس النتائج التى كان يصل إليها بمطالبتهم جميعاً (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٥ ص ٤٥٨) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ — ص ٩٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١١/١٦٧ ونصها ما يأتى : لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بعمل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين — وهذا النص يمكن أن يستخلص منه أن الصلح الذى يزيد فى الالتزام التضامنى لا يسرى فى حق الباقين ، وهو ما يتفق مع حكم المادة ٢٩٤ من التقنين المدنى الجديد .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٤ (وهى مطابقة) .

والمفروض هنا أن الالتزام التضامنى متنازع فيه بين الدائن وجميع المدينين المتضامنين ، فعمد الدائن إلى الصلح مع أحد المدينين . فهذا الصلح قد يتخذ اتجاهاً فى مصلحة المدينين المتضامنين ، وقد يتخذ اتجاهاً ليس فى مصلحتهم .

فان اتخذ اتجاهاً فى مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن نزل الدائن فيه عن جزء من الدين ، أو نزل عن فوائده أو عن بعضها ، أو نزل عن شروط كانت تحيط الدين أو عن بعضها ، أو تضمن فى أية صورة من الصور تخفيفاً من أعباء الدين ، فان هذا الصلح من شأنه أن يفيد سائر المدينين . ولما كان المدين الذى وقع معه الصلح يمثل الباقين فيما ينفعهم ، فان أثر هذا الصلح يتعدى إليهم ويفيدون منه ، ويجوز لهم الاحتجاج به على الدائن ولو لم يكونوا أطرافاً فيه (١) . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى فيما قدمناه ، فاذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين بما يفيد الباقى ، استطاع هؤلاء أن يحتجوا بهذا الصلح(٢) .

أما إذا كان الصلح قد اتخذ اتجاهاً ضد مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن سلم المدين الذى وقع معه الصلح بأكثر طلبات الدائن ، أو زاد فى الالتزام الأصلى ، أو أضاف إليه التزاماً جديداً ، وبوجه عام إذا سوأ مركزه عما كان قبل النزاع ، فانه لا يعتبر ممثلا لباقى المدينين فيما يضرهم من ذلك ، ولا يسرى أثر هذا الصلح فى حقهم إلا إذا قبلوه وأصبحوا هم كذلك أطرافاً فيه . وهذا

= وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨١ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣١ (وهى مطابقة) .

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤ ، وتجرى على الوجه الآتى : إن الصلح الذى يعقد بين الدائن وأحد الموجب عليهم يستفيد منه الآخرون إذا كان يتضمن إسقاط الدين أو صيغة أخرى للإبراء ، وهو لا يلزمهم ولا يحرج موقفهم إذا كانوا لم يرضوا به — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى .

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص٣٨ – على أنه لا يجوز أن يتمسك المدينون المتضامنون الآخرون بالجزء الذى يفيدهم فى الصلح وينبذوا الجزء الذى يضرهم ، فما دام الصلح فى مجموعه يفيدهم وتمسكوا به وجب أن يتحملوه كله إذ هو لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٧ ص ٢٩٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فان الصلح الذى يعقده أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ويكون ضاراً بمصالح باقى الدائنين لا يسرى فى حقهم(١) .

ويتضح من ذلك أن المدينين المتضامنين الآخرين هم الذين يكونون الحكم فيما إذا كان الصلح فى مصلحتهم أو فى غير مصلحتهم . إذ يجوز لهم أن يقبلوه أو يرفضوه ، وهم يقبلونه إذا قدروا أنه فى مصلحتهم ، ويرفضونه إذا قدروا غير ذلك(٢) .

٢٠٠ — اقرار أحد المدينين المتضامنين أو اقرار الدائن : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين . فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين »(٣) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ .

(٢) وفى القانون الفرنسى انقسمت الآراء ، فمن الفقهاء من يذهب مذهب التقنين المصرى (لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٧) ، ومنهم من يذهب إلى أن الصلح لا يجوز أن يتمسك به المدينون الآخرون . ضاراً كان أو نافعاً (انظر المادة ٢٠٥١ مدنى فرنسى — بودرى وبارده ٢ فقرة ١٢٥٤ مكررة — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٩/١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٥/١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ — ص ٩٢) .

ويقابل هذا النص المادة ١١١/١٦٧ من التقنين المدنى السابق وقد سبق ذكرها ، وهى تقضى بأنه لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين . ولما كان الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فإن أثره لا يتعدى المدين المقر إلى غيره من المدينين ، حتى فى عهد التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٥/١ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٢/١ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٢/١ (وهى مطابقة) — ولا مقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، ولكن الحكم الوارد فى التقنين المصرى ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإقرار ، فيمكن الأخذ به فى لبنان دون نص .

والمفروض هنا أن الدائن ليس لديه طريق للإثبات يكون مقبولا فى حق المدينين المتضامنين : كالكتابة ، أو البينة والقرائن فيما تجوز فيه . أما الإقرار فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام فى الإثبات أنه حجة قاصرة على المقر ، فلا يتعدى أثره إلى غيره . هذا إلى أن المدين المتضامن عندما يقر بالدين يأتى بعمل يضر ببقية المدينين ، وهو لا يمثلهم فيما لا يضر . ومن ثم لا يسرى إقراره فى حقهم . ولا بد للدائن من إثبات حقه فى مواجهة المدينين الآخرين بغير إقرار المدين الأول . فاما أن يحصل على إقرار من كل مدين على حدة يكون حجة عليه ، وإما أن يثبت الدين بطريق يسرى فى حق الجميع كما سبق القول . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى ، فقد رأينا أن إقرار أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى فى حق الباقين(١) .

وعلى العكس من ذلك إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، فان هذا الإقرار يفيد الباقى ، ويكون المدين المتضامن وهو يتلقى إقرار الدائن ممثلا لباقى المدينين فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بالإقرار ولو كان غير صادر فى مواجهتهم (٢) . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى ، فقد رأينا أن المدين إذا أقر لأحد الدائنين المتضامنين جاز للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الإقرار (٣) .

٢٠١ — حلف اليمين أو النكول عنها : تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٩٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ٢ — وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها ، فلا يضار بذلك باقى المدينين » .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

(٢) وهذا ما لم يكن اقرار الدائن متعلقاً بشىء خاص بالمدين دون غيره ، فلا يتعدى أثر الإقرار فى هذه الحالة إلى غير هذا المدين .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٤٤ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ .

« ٣ – وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » (١) .

والمفروض هنا أن الدائن اقتصر على مدين متضامن واحد ، وهنا يمكن أن نتصور حالتين : فاما أن يوجه الدائن اليمين إلى المدين المتضامن ، وإما أن يوجه المدين المتضامن اليمين إلى الدائن .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا الفقرة الثالثة فقد كان نصها فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « أما إذا حلف المدين المتضامن اليمين ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن » . وفى لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة على الوجه الذى استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ليكون معناها أدق ، وأصبحت المادة رقمها ٣٠٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ — ص ٩٢) .

ويقول الأستاذ إسماعيل غانم فى صدد التعديل الذى أجرته لجنة المراجعة ما يأتى : « يلاحظ أن المادة ٣/٤١٩ من المشروع التمهيدى ، وهى تقابل المادة ٢٩٥ من التقنين ، كانت تنص على أن المدينين الآخرين يستفيدون من حلف المدين المتضامن اليمين إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن : أنظر أيضاً م ١/٣٦٥ مدنى فرنسى . وقد عدل هذا النص فى لجنة المراجعة فحذفت العبارة الأخيرة ، وقد وصف تعديل المادة على هذا الوجه بأنه تعديل لفظى يجعل معناها أدق : الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٢ . والحقيقة أنه لا يتصور استفادة المدينين من يمين يحلفها أحدهم ينكر بها وجود التضامن ، إذ أن أساس الاستفادة من اليمين هو مبدأ النيابة التبادلية وهو لا يوجد إلا بوجود التضامن » (أحكام الالتزام ص ٢٩٥ هامش رقم ١) .

وليس للنص مقابل فى التقنين المدنى السابق . وكان مبدأ النيابة التبادلية ، كما كان مفهوماً فى عهد هذا التقنين ، يقضى بأن نكول أحد المدينين المتضامنين لا يضر الباقى ، أما حلفه اليمين فيفيدهم . ويقوم الشك فيما إذا حلف الدائن يميناً وجهها إليه أحد المدينين المتضامنين ، هل يضار بذلك باقى المدينين ؟

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٢٩٥ و٣ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٢٨٢ و٣ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٣٢ و٣ (مطابقة لنص المشروع التمهيدى ولا تختلف فى الحكم) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧ ، وتجرى على الوجه الآتى : إذا وجد التضامن بين المديونين أمكن كلا منهم أن يبرىء ذمة الآخرين جميعاً : ... (٤) بأن يحلف اليمين عند الاقتضاء على عدم وجوب دين ما — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى فى صورة ما إذا وجه الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين اليمين فحلفها ، ولم يرد نص فى التقنين اللبنانى عن الصور الأخرى .

فى الحالة الأولى التى يوجه فيها الدائن اليمين إلى المدين المتضامن ، إما أن يحلف المدين وإما أن ينكل . فان حلف ، فان هذا الحلف من شأنه أن يفيد باقى المدينين ، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا به ، ولو لم يكونوا هم الذين حلفوا (١) . وهذا ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ . وإن نكل المدين الذى وجهت إليه اليمين ، فان هذا يكون بمثابة الإقرار ، وقد رأينا أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يسرى فى حق المدينين الآخرين ، هذا إلى أن النكول عمل ضار بباقى المدينين فلا يكون المدين الذى نكل ممثلا لهم فيه ولا يسرى عليهم نكوله . وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى ، فقد رأينا أنه إذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين المتضامنين فنكل لم يضر نكوله بباقى الدائنين (٢) .

وفى الحالة الثانية التى يوجه فيها المدين المتضامن اليمين إلى الدائن ، إما أن يحلف الدائن وإما أن ينكل . فان حلف ، فان هذا الحلف عمل يضر بسائر المدينين الذين لم يخاطروا بتوجيه اليمين إلى الدائن ، فيكون المدين الذى وجه اليمين غير ممثل لهم فى هذا التوجيه ، ولا يتعدى إليهم أثر حلف الدائن لليمين ولا يضارون بذلك، وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ . وإن نكل الدائن عن اليمين التى وجهها إليه المدين المتضامن ، فان نكوله يكون بمثابة إقرار منه . وهذا الإقرار — إذا لم يكن فى شىء خاص بالمدين الذى وجه اليمين دون غيره — نافع لسائر المدينين المتضامنين، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بهذا النكول ، ولو لم يكونوا هم الذين وجهوا اليمين . ولم يرد نص صريح فى هذه الصورة ، ولكن الحكم الذى أوردناه ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام ، فيؤخذ به دون نص . وقد رأينا فى التضامن الإيجابى أنه إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلف، فان هذا الحلف وهو يضر بالدائنين الآخرين لا يسرى

---

(١) والمفروض أن الدائن قد « اقتصر » — كما يقول النص — فى توجيه اليمين على أحد المدينين المتضامنين . أما إذا وجه اليمين إليهم جميعاً ، فحلف بعضهم ونكل بعض آخر ، فمن نكل منهم يضار بنكوله ولا يستفيد من أن الآخرين قد حلفوا (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٢ ص ٤٥٢ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

فى حقهم ، أما إذا نكل فان النكول يفيدهم فيستطيعون أن يتمسكوا به (١) .

٢٠٢ – صدور حكم على أحد الدائنين المتضامنين أو لصالحه :

تنص المادة ٢٩٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين » .

٢ – أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقون ، إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه » (٢) .

وأخيرا يورد ، هنا ، التقنين المدنى تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر فى حالة صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه .

فاذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين وحده ، دون أن يكون باقى

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٤٥ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٣ — ص ٩٤) .

وليس للنص مقابل فى التقنين المدنى السابق . ولكننا رأينا أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين ، فى عهد هذا التقنين ، يكون حكماً على الباقى ، إلا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطىء مع الدائن أو إذ أهمل فى الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفوع خاصة به . ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، أفاد منه الباقى (انظر آنفاً فقرة ١٩٦ فى الهامش) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٦ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٣ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدنى العرقى المادة ٣٣٣ (وهى مطابقة) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٣٦ ، وتجرى على الوجه الآتى : ليس للحكم الصادر على أحد المديونين المتضامنين قوة القضية المحكمة بالنظر إلى المديونين الآخرين ، أما الحكم الصادر لمصلحة احد المديونين فيستفيد منه الآخرون إلا إذا كان مبنياً على سبب يتعلق بشخص المديون الذى حصل على الحكم — وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين المصرى .

المدينين المتضامنين داخلين فى الدعوى ، فان هذا أمر ضار بهم ، فلا يسرى الحكم فى حقهم ولا يحتج عليهم به (١). ويجب على الدائن إما أن يدخل باقى المدينين المتضامنين فى الدعوى ليصدر الحكم فى مواجهتهم، أو أن يرفع عليهم دعوى أو دعاوى أخرى، ليكون الحكم سارياً فى حق من رفع عليه الدعوى (٢). وهذا هو أيضا حكم التضامن الإيجابى . فقد رأينا أنه إذا صدر حكم على أحد الدائنين المتضامنين لم يكن هذا الحكم ساريا فى حق الدائنين الآخرين (٣). ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين فى الدعوى ، وصدر حكم ضدهم ، فان الطعن فى هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقى (٤).

---

(١) ومع ذلك يجوز لهم أن يطعنوا فى الحكم بطريق اعتراض الشخص الخارج عن الخصومة (م ٤٥٠/٢ مرافعات) ، وذلك بدلا من أن ينتظروا رجوع المدين المحكوم عليه عند تنفيذه للحكم ووفائه للدين كله ، إذ هو فى هذه الحالة يرجع عليهم كل بقدر حصته فى الدين . وهم ، إذا كانوا يستطيعون دفع هذا الرجوع عندئذ ، قد يفضلون المبادأة ، فيبادرون إلى الطعن فى الحكم ذاته بطريق الاعتراض كما قدمنا (انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٩ ص ٢٩٥) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز لمن سهى عليه أن يطلب الحكم بالتضامن أن يرفع دعوى من جديد باعتبار المحكوم عليهم فى الدعوى الأولى متضامنين فى الوفاء (١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ١٧٩) .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٤٥ .

(٤) وقد قضى بأنه إذا رفع أحد المدينين المتضامنين معارضة أو استئنافاً، استفاد الآخرون: استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٨٦ — ٣٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — أول ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٥٨ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ – ٣ مايو سنة ١٩١٧م ٢٩ ص ٤٠٣ – ١٤ مارس سنة ١٩١٨م ٣٠ ص ٢٨٧ – ١٥ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٦ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ – ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٨١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٤ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ – إلا إذا كان المطلوب من أحدهم يخالف المطلوب من الآخرين : استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٧٧ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ — ١١ مارس ١٩٣٦ م ٤٧ ص ١٨١ . ويقتصر من يستفيد منهم على أوجه الدفع المشتركة بينه وبين رافع الطعن ، فلا يعرضون لأوجه الدفع الخاصة بهم ما داموا هم لم يرفعوا طعناً فى الميعاد : استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٧ . وإذا رفع أحد المدينين المتضامنين معارضة فى شروط البيع (dire) ، استفاد المدينون الآخرون : استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٢ ؛ وهذا ما لم يكن قد صدر حكم نهائى حاز قوة الأمر =

وإذا صدر فى الطعن حكم ضد المدين الذى رفع الطعن ، لم يضار الباقون به ، وكان لكل منهم حق الطعن فى الحكم الأول إذا كان طريق الطعن لا يزال مفتوحاً أمامه (١).

وإذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، دون أن يكون باقى المدينين المتضامنين داخلين فى الدعوى ، فان هذا أمر نافع لهم ، فيفيدون منه ويستطيعون أن يحتجوا بهذا الحكم (٢). وهذا ما لم يكن الحكم الذى صدر لمصلحة المدين

= المقضى بالنسبة إلى أحدهم فلا يستفيد من طعن رفعه غيره : استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٠ — وإذا رأت محكمة الدرجة الأولى أن هناك تضامناً فى المسئولية بين شخصين ، واستأنف أحدهما حكمها ، وقضى استئنافياً بعدم وجود التضامن بينهما ، استفاد المدين الآخر من هذا الحكم ولو لم يستأنف : بنى سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩ .

(١) ذلك لأنه إذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعاً ، لم يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد الطعن بالنسبة إلى الباقين ، بل يبقى كل من هؤلاء لا تسرى مواعيد الطعن قبله حتى يعلن بالحكم . وإذا أعلن أحدهم بالحكم وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة إليه ، وبقى الطعن مفتوحاً بالنسبة إلى مدين آخر ، وطعن هذا فى الحكم ، فللمدين الذى انقضى ميعاد الطعن بالنسبة إليه أن ينضم للمدين الذى رفع الطعن فى الميعاد ويطلب الاستفادة من طعنه . وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الإستئناف من أحد المدينين المتضامنين يستفيد منه الباقون ، ولهم أن ينضموا إليه فى استئنافه ولو بعد الميعاد (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨ ص ٣٦ — ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٠ ص ١٩٧) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ من تقنين المرافعات على ما يأتى : « على إنه إذا كان الحكم صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين ، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه فى طلباته . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد ، وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة لهم » . فاذا لم ينضم المدين الذى فوت ميعاد الطعن إلى زميله الذى رفع الطعن فى الميعاد ليطلب الاستفادة من هذا الطعن ، بقى الحكم الصادر ضده نهائياً بالنسبة إليه . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا حكم على أشخاص بالتضامن ، ثم رفع بعضهم استئنافاً عن الحكم ولم يستأنف البعض ، ولم يحضر أمام محكمة الاستئناف ليطلب الاستفادة من الإستئناف المرفوع من الآخرين : كان لمحكمة الإستئناف أن تعتبر الحكم الابتدائى انتهائياً بالنسبة إليه ، لأنه هو الذى بعدم حضوره أمام محكمة الإستئناف قد فوت على نفسه فرصة إبداء طلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٢ ص ٢٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ ابريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٩٣ — ولكن لا يستطيعون التمسك به . وإذا طعن الدائن فى هذا الحكم ، فصدر فى الطعن حكم بالغائه ، زال أثر الحكم الأول بالنسبة إلى سائر المدينين ولم يجز لهم الاحتجاج به بعد ذلك .

المتضامن مبنياً على سبب خاص به كأن يكون الدين بالنسبة إليه قد شابه سبب من أسباب البطلان ، فعند ذلك يصدر الحكم بابطال الدين بالنسبة إليه وحده ، دون أن يتعدى أثر الحكم إلى المدينين المتضامنين الآخرين . ومثل ذلك أيضا أن يكون دين المدين المتضامن معلقا على شرط ولم يتحقق الشرط ، فالحكم الصادر بزوال الدين لتخلف الشرط لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين الذين كانت ديونهم منجزة (١). وهذا هو أيضا حكم التضامن الإيجابى ، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين أفاد منه الباقون(٢). ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين فى الدعوى ، وصدر حكم لصالحهم ، فان الطعن فى هذا الحكم من الدائن بالنسبة إلى أحد منهم لا يضر الباقين (٣) ، وإذا حصل الدائن فى الطعن على حكم لصالحه يلغى الحكم الأول ، فان هذا الحكم لا يسرى فى حق الباقين الذين لم يدخلوا فى هذا الطعن (٤).

---

(١) استئناف أهلى ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ١٣ — استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٤ .

(٣) وإعلان هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يجعل ميعاد الطعن يسرى لصالحه ولصالح باقى المدينين المتضامنين : استئناف مختلط ٢٢ ابريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٠ — أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — على أنه إذا أعلن أحد المدينين المتضامنين الحكم الصادر لصالح الجميع ، ورفع الدائن الاستئناف بعد الميعاد ، وجب على المدين الذى لم يعلن الحكم أن يدخل فى هذا الاستئناف طالباً الاستفادة منه والحكم بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد ، لا فحسب بالنسبة إلى زميله الذى أعلن الحكم ، بل أيضا بالنسبة إليه هو . فاذا لم يدخل فى الاستئناف على هذا النحو ، ولم ينقض ميعاد الاستئناف بالنسبة إليه لعدم إعلانه الحكم ، لم يكن له أن يدفع بعدم قبول الاستئناف الذى يرفعه عليه الدائن . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كان اثنان من المحكوم لهم قد تمسكا بأنهما أعلنا الحكم الابتدائى للمستأنف وأنه لم يرفع الاستئناف إلا بعد الميعاد ، فتنازل المستأنف عن اختصامهما وقصر طلباته على ما ادعاه قبل ثالث المحكوم لهم الذى لم يعلن الحكم الابتدائى للمستأنف ولم يحضر ولم يطلب الاستفادة من أن زميليه المحكوم لصالحهما معه قد أعلنا الحكم ، ولم يبين كيف كان له أن يستفيد من إعلان غيره ، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تعتبر الاستئناف غير مقبول بالنسبة له (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٧ ص ٨٧٣).

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقى المدينين إذا قضت بالغائه هيئة قضائية مختصة ، ولكن إذا اختصم الدائن جميع المدينين فى الدعوى وصدر حكم لصالحهم ، ثم قضى بالغاء هذا =

المطلب الثانى

علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

٢٠٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٩٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » .

« ٢ — وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

= الحكم بالنسبة لأحدهم فيما بعد، فلا يضار الباقون بذلك . أما إذا صدر الحكم عليهم، فلا يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد المعارضة والاستئناف والنقض بالنسبة للباقين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ وانظر أيضا ص ٩٣ — ٩٤) .

أما فى القانون الفرنسى ، فقد احتدم الخلاف : فن الفقهاء من يذهب إلى أن الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين يحتج به على الباقى ، ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحدهم جاز للباقى أن يتمسكوا بهذا الحكم (لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٧٤ — هيك ٧ فقرة ٣٢٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦) . ومنهم من يذهب إلى أن الحكم لا يسرى فى حق الآخرين ، سواء كان صادراً ضد المدين المتضامن أو لصالحه (كولميه دى سانتير ٥ فقرة ٣٢٨ مكررة ٢٤ — لوران ٢٠ فقرة ١٢٠) . ومنهم من يذهب إلى أن الحكم الصادر لمصلحة المدين يتمسك به الآخرون ، والحكم الصادر ضده لا يحتج به عليهم ، كما هو الحكم فى التقنين المصرى بصريح النص (ديرانتون ١٢ فقرة ٥١٩ — فقرة ٥٢٠ — ماركاديه ٥ فقرة ١٣) — وإذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعاً ، فالطعن المرفوع من أحدهم يفيد الباقين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦ ص ٤٥٩ — ص٤٦١) . وإذا صدر حكم لصالح المدينين المتضامنين وأعلن أحدهم الحكم للدائن وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة إليه ، ثم طعن الدائن فى الحكم بالنسبة إلى الباقين فى الميعاد القانونى ، فان هذا الطعن لا يضر بالمدين الذى انقضى ميعاد الطعن بالنسبة إليه ، ويجب على الدائن فى طعنه ضد الباقين أن يستنزل حصة هذا المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣٦ مكررة — وانظر أيضا فى الموضوع بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦) .

وتنص المادة ٢٩٨ على ما يأتى :

« اذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته » .

وتنص المادة ٢٩٩ على مايأتى :

« إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين(١) » .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٥/١٧١(٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٩٧ — ٢٩٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٨٤ — ٢٨٦ — وفى التقنين

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٩٧ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٩٥ — ص٩٦) .

م ٢٩٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٠ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٩٧) .

م ٢٩٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ — ص ١٠٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١١٥/١٧١ : إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه أو وفاه بطريق المقاصة مع الدائن ، جاز له الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته ، وتوزع حصة المعسر منهم على جميع الموسرين .

ولا فرق فى الأحكام مابين التقنينين الجديد والقديم . ويلاحظ أن التقنين القديم ذكر المقاصة وحدها إلى جانب الوفاء ، ولكن المقاصة فى هذا كغيرها من طرق انقضاء الالتزام ، كالتجديد واتحاد الذمة ، وذلك متى كان الدائن قد طالب المدين الذى قام به سبب انقضاء الالتزام ووقف عنده . أما إذا طالب غيره من المدينين المتضامنين ، فقد رأينا أن كل مدين منهم لايجوز له أن يحتج على الدائن إلا بمقدار حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء .

المدنى العراقى المادتين ٣٣٤ - ٣٣٥ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٩ - ٤١(١) .

ويتبين من هذه النصوص أنه إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدائن كل الدين ، كان له حق الرجوع على المدينين المتضامنين معه . وحق الرجوع هذا إما أن يكون بالدعوى الشخصية ، أو بدعوى الحلول . وسواء كان الرجوع بهذه الدعوى أو بتلك ، فان الدين ينقسم على المدينين المتضامنين ، والأصل أن ينقسم حصصاً متساوية بين الجميع مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وأيا كانت حصة المدين المتضامن عند انقسام الدين على الجميع ، فان كل مدين متضامن موسر يتحمل نصيبه فى حصة المعسر من المدينين المتضامنين ، وذلك بنسبة حصته هو فى الدين . على أنه قد يتبين أن واحداً أو أكثر من المدينين هم أصحاب المصلحة فى الدين ، فعند ذلك لا ينقسم الدين على الباقى ، ويتحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين فى علاقتهم بالمدينين الآخرين .

فعندنا إذن مسائل خمس نبحثها على التعاقب :

(١) متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين .

(٢) الأساس القانونى لهذا الرجوع : الدعوى الشخصية ودعوى الحلول .

(٣) انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم .

(٤) تحمل الموسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم .

(٥) تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م٢٩٧-٢٩٩ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٤ — ٢٨٦ (مطابقة) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٤ : ١ — لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه ، كل بقدر حصته .

٢ — فإن كان أحد منهم معسراً ، تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته .

م ٣٣٥ : ١ — إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بغير الشىء الواجب أداؤه، =

وهذه هى المسائل التى بحثناها فى التضامن الإيجابى . إلا أنها تحتاج إلى مزيد من التفصيل فى التضامن السلبى لأهميته العملية كما سلف القول.

٣٠٤ — متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين : التضامن لايقوم إلا فى العلاقة مابين الدائن والمدينين المتضامنين . أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض ، فان الدين ينقسم عليهم ، ويكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين ، كل بقدر حصته كما سيأتى .

وحق الرجوع يثبت للمدين إذا وفى كل الدين ، كما جاء فى صدر المادة ٢٩٧

= أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة أو الحوالة ، رجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى .

٢ — وإذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمله كله قبل الباقين .

وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى ينص على أنه إذا أدى المدين الدين بغير الشيء الواجب أداؤه أو بطريق آخر غير الوفاء كالهبة أو الحوالة ، رجع على بقية المدينين كل بقدر حصته الدين الأصلى ، ولو أدى هو للدائن أقل من ذلك أو أكثر . وهذا مأخوذ من الفقه الإسلامى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٩ : أن موجب التضامن ينقسم حكماً بالنظر إلى علاقات المديونين بعضهم ببعض ، فهم فيما بينهم لا يلزم أحد منهم إلا بنسبة حصته . وإن الحصص التى يلزم بها المديونون بمقتضى أحكام الفقرة السابقة هى متساوية إلا فيما يلى :

١ — إذا كان العقد يصرح بالعكس .

٢ — إذا كانت مصالح المديونين غير متساوية . وإذا كانت المصلحة فى الدين لأحد المديونين وحده ، وجب اعتبار الآخرين كفلاء فى علاقتهم به .

م ٤٠ : إن المديون فى موجب التضامن إذا وفى مجموع الدين ، كان له حق الرجوع على المديونين الآخرين بما يتجاوز حصته . وأمكنه إذ ذاك أن يقيم الدعوى الشخصية أو الدعوى التى يحق للدائن إقامتها مع ما يختص بها من التأمينات عند الاقتضاء . ولكن ، أية كانت الدعوى التى يقيمها ، لا يحق له أن يتطلب من كل مديون إلا الحصة التى يجب عليه نهائياً أن يتحملها .

م ٤١ : إذا وجد بين المديونين المتضامنين شخص أو عدة أشخاص غائبين أو غير مقتدرين على الدفع ، فإن أعباءهم من الدين يتحملها المديونون الحاضرون وذوو الاقتدار بنسبة ما يجب على كل منهم أن يتحمله من الدين ، ذلك كله ما لم يكن نص مخالف .

وهذه النصوص تتفق فى أحكامها مع نصوص التقنين المصرى .

سالفة الذكر . وبقى المدين المتضامن الدين كله للدائن إما لأن الدائن طالبه بذلك بموجب التضامن كما رأينا فيما تقدم(١) ، وإما لأن المدين المتضامن تقدم من تلقاء نفسه بوفاء الدين كله للدائن وقد سبق أن ذكرنا أن الدائن فى هذه الحالة لايستطيع أن يرفض هذا الوفاء .

وليس من الضرورى . حتى يثبت حق الرجوع للمدين ، أن يكون المدين قد وفى الدين فعلا ، بل يكفى أن يكون قد قضى الدين نحو الدائن بطريق يقوم مقام الوفاء(٢) . فيجوز أن يكون قد وفاه الدين بمقابل(٣) . ويجوز أن يكون قد وفاه الدين بطريق المقاصة . ولكن يشترط فى ذلك أن يكون الدائن قد طالب بالدين هذا المدين بالذات الذى قام به سبب المقاصة . فعند ذلك يتمسك المدين بانقضاء الدين بالمقاصة فينقضى الدين ، وتبرأ ذمته منه كما تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الآخرين . فيرجع على هؤلاء كل بقدر حصته . أما إذا طالب الدائن بالدين مديناً متضامناً آخر غير الذى قام به سبب المقاصة . لم يستطع هذا المدين الآخر أن يتمسك بالمقاصة إلا بقدر حصة المدين الذى وقعت معه ، وعليه أن يدفع للدائن الدين بعد أن يستنزل منه هذه الحصة . ثم يكون له بعد

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من مصلحة المدين الذى رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخر أن يقاضى فى نفس الوقت ذلك المدين الآخر ، ويطلب إلى المحكمة فى حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجوع على المدين الآخر بكافة مايحكم به عليه هو إذا كان لديه من الأسباب مايقتضى عدم ملزوميته شخصياً بشىء من الدين . ومصلحته فى ذلك محققة لا احتمالية فقط ، لأن رفع الدعوى عليه بادىء الأمر بصفته مديناً متضامناً مع المدين الآخر معناه التزامه فى النهاية بجزء من الدين ، سواء اختار الدائن التنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع على زميله المدين بحصته فيما حكم به ، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على المدين الآخر ثم رجع هذا المدين الآخر على المدين الأول بحصته فيما حكم به طبقاً لحكم المادة ١١٥ مدنى (قديم) . وهذه المصلحة المحققة من أول الأمر هى التى تبيح لذلك المدين الرجوع على زميله المدين فى نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معاً والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل مايحكم به عليه (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩٣) .

(٢) ولكن لايكفى أن يكون الدين قد حل وأن يتوقع المدين أن الدائن سيرجع عليه هو دون سائر المدينين ، حتى يكون ذلك مبرراً للمدين فى الرجوع مقدماً على سائر المدينين خشية إعسارهم . بل لابد من أن يكون المدين قد قضى الدين فعلا إما بالوفاء ، وإما بطريق يقوم مقام الوفاء (بيدان ولاجارد ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ — قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠ .

ذلك حق الرجوع على المدينين الآخرين . كذلك قد يوفى المدين المتضامن الدين بطريق التجديد ، وقد رأينا أنه مالم يحتفظ الدائن بحقه قبل المدينين الآخرين فان ذمة هؤلاء تبرأ بالتجديد الذى وقع (م ٢٨٦ مدنى) ، وعند ذلك يكون للمدين الذى وقع منه التجديد حق الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته . ويجوز أن يوفى المدين المتضامن الدين بطريق اتحاد الذمة ، فان كان المدين هو الذى ورث الدائن ، فقد رأينا أنه يجوز له أن يرجع باعتباره مديناً وفى الدين على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته . أما الإبراء فليس بوفاء للدين ، ولا هو طريق يقوم مقام الوفاء . وقد رأينا أن الدائن إذا أبرأ المدين ، فاما أن يرجع على المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه ، وإما أن يطالب أياً منهم بكل الدين ، وإما ألا يطالب أياً منهم بشيء . وفى كل هذه الأحوال لا يرجع المدين الذى أبرأه الدائن بشيء على المدينين الآخرين(١) . وكذلك إذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، لم يعتبر هذا وفاء يجيز لهذا المدين أن يرجع على المدينين ، لأنه هو لم يدفع الدين أو مقابلا له ، وقد رأينا أن الدائن فى هذه الحالة يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة من تقادم دينه(٢) .

وحتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين ، يجب أن يكون الوفاء الذى قام به للدائن قد عاد عليهم بالفائدة ، أى أن يكون هو الذى أبرأ ذمتهم نحو الدائن . فلو أن المدين المتضامن لم يخطر المدينين الآخرين بأنه وفى عنهم الدين ، وقام أحد منهم بوفاء الدين للدائن مرة ثانية وهو لا يعلم أن المدين الأول قد وفاه ، ثم أخطر سائر المدينين بأنه قد وفى الدين ، فان حق الرجوع يثبت لهذا المدين الذى وفى الدين مرة ثانية دون المدين الأول(٣).

---

(١) وفى التقنين المدنى العراقى تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٣٥ ، كما رأينا ، على أنه « إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بعين الشيء الواجب أداؤه ، أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة أو الحوالة ، يرجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى » .

(٢) وقد ينقضى الدين باستحالة الوفاء بسبب أجنبى ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين دون أن يدفع أحد منهم شيئا للدائن حتى يرجع به على الآخرين .

(٣) لاروميير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٣ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٢٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠ — كذلك لا يكون المدين الذى وفى الدين هو الذى أبرأ ذمة المدينين الآخرين نحو=

وليس من الضرورى حتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين أن يكون قد وفى للدائن كل الدين . فيجوز أن يفى ببعض الدين إذا قبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئى . ومع ذلك يكون له الرجوع على المدينين الآخرين . كل بنسبة حصته فى الدين ، فيما دفعه للدائن .

على أنه يجوز للمدين كما قدمنا أن يتفق مع الدائن على أن يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها . ففى هذه الحالة لا يرجع المدين الذى اقتصر على دفع حصته أو على دفع جزء منها بشىء على المدينين الآخرين ، ويرجع الدائن على هؤلاء بالباقى من الدين بعد أن يستنزل ما دفعه له المدين . أما اذا دفع المدين أكثر من حصته ، فله الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه زائدا على هذه الحصة . ويساهم هؤلاء فى ذلك كل بنسبة حصته فى الدين . ويرجع الدائن عليهم بما بقى من الدين بعد أن يستنزل كل ما دفعه المدين له(١) .

= الدائن ، إذا كان لم يخطرهم بالوفاء قبل وقوعه وكان عندهم من الدفوع ما يستطيعون أن يسقطوا به الدين (لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٤ — هيك ٧ فقرة ٣٣٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠) . ذلك أن المدين المتضامن فى علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين بمثابة كفيل لهم فيما يتعلق بحصصهم فى الدين . وقد نصت المادة ٧٩٨ مدنى ، فيما يتعلق بالكفيل ، على أنه : « ١ — يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه . ٢ — فان لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » . على أننا سنرى فيما يلى أن هناك فروقاً كثيرة بين المدين المتضامن والكفيل ، وبخاصة فى علاقة كل منهما بالدائن (انظر ما يلى فقرة ٢٠٨) .

(١) على أن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا يذهبون إلى أنه يستوى أن يكون الجزء من الدين الذى وفاه المدين للدائن معادلا لحصته فيه أو أكثر أو أقل ، فله أن يرجع فى كل هذه الأحوال على المدينين الآخرين .

ويقولون فى تبرير هذا الرأى أن المدين عندما يوفى الدين أو أى جزء منه إنما يعمل بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن سائر المدينين المتضامنين ، فله عليهم حق الرجوع فى حدود ما وفاه من الدين (ديرانتون ١١ فقرة ٢٤٥ — لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٢٦ وفقرة ٤٤٤ — فقرة ٤٤٦ — هيك ٧ فقرة ٣٣٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٩) .

والصحيح فى رأينا أنه يجب التمييز — عندما يفى المدين بجزء من الدين — بين ما إذا كان قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها ، أو لم يتفق معه على ذلك . =

٢٠٥ — الأساس القانونى لرجوع المدين — الدعوى الشخصية

ودعوى الحلول : والآن نبين الأساس القانونى الذى يقوم عليه رجوع المدين المتضامن على المدينين المتضامنين الآخرين عند وفائه للدائن بالدين ، فهو

= فى الحالة الأولى لا يرجع المدين على المدينين الآخرين ، ويرجع فى الحالة الثانية . بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونفترض ، عندما يوفى المدين جزءاً من الدين ، أن هناك اتفاقاً ضمنياً بينه وبين الدائن على أنه إنما يوفى حصته فى الدين أو جزءاً منها، فذلك أقرب إلى المألوف فى التعامل ، وأيسر فى تصفية العلاقات المختلفة ما بين المدينين المتضامنين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين ثلثمائة ، وأن المدينين المتضامنين ثلاثة بحصص متساوية ، وقد دفع المدين الأول للدائن مائة، ثم دفع الثانى للدائن المائتين الباقيتين . فإذا أخذنا بالرأى الذى يقول برجوع المدين على المدينين الآخرين عند وفائه بجزء من الدين ، وجب أن يرجع الأول على كل من الثانى والثالث بثلث المائة ، ووجب أن يرجع الثانى على كل من الأول والثالث بثلث المائتين . فيأخذ الأول من الثانى ٣/١ ٣٣ ، ويعطيه ٣/٢ ٦٦ ؛ أى يعطيه فى النهاية ٣/١ ٣٣ . ثم يأخذ من الثالث ٣/١ ٣٣ ، فينتهى إلى أن يكون قد أخذ من الثالث مثل ما أعطى للثانى ، وخرج من كل ذلك على أنه قد دفع للدائن حصته فى الدين . ثم إن الثانى يأخذ فى النهاية من الأول ٣/١ ٣٣ كما قلنا ، ويأخذ من الثالث ٣/٢ ٦٦ ، فيكون ما أخذه منهما ١٠٠ . وقد دفع ٢٠٠ للدائن، فينتهى إلى أن يكون قد تحمل ١٠٠ هى حصته فى الدين ! أليس خيراً من ذلك أن تقول إن المدين الأول قد دفع للدائن مائة وهى حصته فى الدين ، فلا يرجع على أحد بشىء . ثم إن المدين الثانى ، الذى دفع المائتين للدائن ، يرجع على المدين الثالث بمائة هى حصته فى الدين ، ويكون من كل من المدينين الثلاثة قد تحمل على هذا الوجه حصته فى الدين من أيسر الطرق ؟ هذا وقد نص التقنين المدنى العراقى صراحة (م ١/٣٢٤) على هذا الرأى الذى نذهب إليه إذ يقول : « لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه » . كذلك يذهب أوبرى ورو إلى أنه لا بد لقيام حق الرجوع من أن يكون المدين قد وفى الدائن أكثر من حصته فى الدين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكرر ص ٥١ — وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠ والأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ وص ٢٩٨ هامش رقم ١) . وهذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة النقض إذ قضت بأنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون وفى أكثر من نصيبه فى الدين ، وإذن فمتى كان الواقع أن الطاعن مدين بالتضامن مع المطعون عليه فى عقد رهن ، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت بأسباب سائغة أنه لم يوف من الدين المضمون بالرهن إلا أقل مما التزم به بمقتضى محضر الصلح المبرم بينه وبين المطعون عليه ، فإن ما يزعمه من أن جميع أقساط الدين موضوع الصلح واجبة الأداء له لا سند له من القانون (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٠ ص ٥٨٥) . وانظر أيضاً طنطا ٢٩ إبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٣٤ ص ٧٧ .

يرجع إما بالدعوى الشخصية (action personnelle) وإما بدعوى الحلول (action en subrogation) .

يرجع بالدعوى الشخصية إذا نظرنا إلى سابق علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فهم فى الغالب جميعاً أصحاب مصلحة مشتركة فى الدين . فاذا أدى واحد منهم الدين عن الباقى ، فهو إما أن يكون وكيلا عنهم فيرجع عليهم بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدنى) ، وإما أن يكون فضولياً يعمل لمصلحتهم فيرجع عليهم بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدنى) . وكل من دعوى الوكالة ودعوى الفضالة دعوى شخصية تسمح للمدين الذى وفى الدين أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بقدر حصته فيه . ومزية هذه الدعوى الشخصية هى أنها تجعل للمدين الحق فى تقاضى فوائد عما دفعه للدائن زائداً على حصته لحساب المدينين الآخرين من يوم الدفع . ذلك أن المدين إذا رجع بدعوى الوكالة ، فان المادة ٧١٠ مدنى تقضى بأنه « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، مع الفوائد من وقت الإنفاق » . وإذا هو رجع بدعوى الفضالة ، فان المادة ١٩٥ مدنى تقضى بأن « يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » . وليست الفوائد التى يتقاضاها المدين المتضامن من المدينين الآخرين هى الفوائد التى ينتجها المدين الأصلى ، فهذه يستردها المدين مع أصل الدين وتلحق به ، ولكنها فوائد مستقلة يتقاضاها — بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى إذا كان هناك اتفاق على ذلك — على مجموع المبالغ ، من رأس مال وفوائد ومصروفات ، التى أداها للدائن زائدا على حصته فى الدين(١) ، فيتقاضاها حتى لو كان الدين الذى وفاه للدائن لاينتج فوائد أصلا(٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠ .

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٦ — وتتقادم هذه الفوائد فى رأينا بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة (انظر فى هذه المسألة بودرى وتيسييه فقرة ٧٨٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٧) .

ولا يرجع المدين المتضامن على المدينين الآخرين بالمصروفات التى حكم بها عليه للدائن إذا هو لم يف بالدين بمجرد مطالبته به ، لأنه هو الذى تسبب ، بتأخره فى الوفاء بالدين ، =

ويرجع المدين المتضامن الذى وفى الدين بدعوى الحلول(١) ، أى بدعوى الدائن الذى وفاه الدين وقد حل محله فيه ، وهذا بموجب المادة ٣٢٦ مدنى وتنص على أنه : « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه... » . والمدين المتضامن الذى وفى الدين ملزم به مع المدينين الآخرين ، فاذا وفاه للدائن حل محله فيه عند الرجوع على المدينين الآخرين . ومزية دعوى الحلول هذه أن المدين المتضامن إذا رجع بها تكون له التأمينات ذاتها التى كانت الدائن ، بعد أن حل محله ، إذ هو يرجع بنفس الدين الذى وفاه بما له من ضمانات ، لا بدعوى شخصية مستمدة من الوكالة أو الفضالة . وهذا الحكم تنص عليه صراحة المادة ٣٢٩ مدنى إذ تقول : « من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » .

على أن الدعوى الشخصية ، إذا كانت دعوى الحلول تمتاز عنها فى التأمينات ، تمتاز هى على دعوى الحلول فى أمرين : (١) إذا رجع المدين بالدعوى الشخصية كان له أن يتقاضى فوائد عن المبالغ التى دفعها للدائن زائداً على حصته فى الدين كما سبق القول . أما دعوى الحلول فلا يتقاضى فيها المدين إلا فوائد الدين الأصلى التى يكون قد دفعها للدائن ، إذا كان من شأن هذا الدين أن ينتج فوائد(٢) . (٢) يسرى التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية من وقت وفاء المدين الدين للدائن ، فواقعة الوفاء هذه هى مصدر الدعوى الشخصية . أما بالنسبة

= فى الحكم عليه بهذه المصروفات (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٣ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ – بودرى وبادر ٢ فقرة ١٢٦٨ — وقارن لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٨) . ولكن إذا هو طالب بدوره المدينين الآخرين كلا بحصته ، وتأخر هؤلاء فى الوفاء ، حكم له هو أيضاً عليهم بالمصروفات بسبب تأخرهم فى الدفع .

(١) استئناف أهلى : ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٧ ص ١٦٣ .

(٢) وقد تكون فوائد هذا الدين الأصلى هى فوائد قانونية استحقت من وقت أن طالب الدائن بحقه المدينين المتضامنين مطالبة قضائية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٧) .

إلى دعوى الحلول ، فان التقادم كان ساريا من وقت حلول الدين الذى وفاه المدين ، وبديهى أن هذا الوقت متقدم على وقت الوفاء ، فتتقادم دعوى الحلول قبل أن تتقادم الدعوى الشخصية لو كانت مدة التقادم المقررة قانونا لكل من الدعويين مدة واحدة(١) .

٢٠٦ — انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم:

قدمنا أن التضامن لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين ، أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض فلا يقوم التضامن ، وانما ينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته(٢) .

وينقسم الدين على المدينين المتضامنين على الوجه المتقدم الذكر ، حتى لوكان المدين الذى وفى الدين « بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٩٧ مدنى . وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضى أن يرجع المدين بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أى يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن آخر بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدى إلى سلسلة من دعاوى للرجوع لا مبرر لها . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا مثلا خمسة حصصهم فى الدين متساوية ،

---

(١) بأن تكون دعوى الدين الأصلى (أى دعوى الحلول) تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة كما تتقادم دعوى الفضالة (م ١٩٧ مدنى) ، أو تتقادم بخمس عشرة سنة كما تتقادم دعوى الوكالة (م ٣٧٤ مدنى) — وبديهى أنه إذا اختلفت مدة التقادم ، فالدعوى التى تتقادم قبل الأخرى هى التى تكون مدة التقادم فيها أقصر .

وانظر فى الأساس القانونى لحق رجوع المدين المتضامن على المدينين الآخرين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١١٥ مدنى (قديم) تنص على أنه إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه ، جاز له الرجوع على باقى المدينين معه كل بقدر حصته فى الدين . ومفاد هذا أن تضامن المدينين قبل الدائن لا يلزم عنه تضامنهم بعضهم قبل بعض ، فالحكم الذى يقضى باعتبار المدينين متضامنين فيما بينهم لكونهم متضامنين قبل الدائن يكون مخالفاً للقانون ، متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٤ ص ٣٣٤) . انظر أيضاً : استئناف أهلى ٣٠ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٦ ص ٣٤٨ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٠ .

وكان الدين خمسمائة ، ووفى أحدهم كل الدين للدائن ، وحل محله فيه ، فان منطق دعوى الحلول يقتضى كما قلنا أن يرجع المدين الذى وفى الدين على أحد المدينين المتضامنين الأربعة بأربعمائة ، وهذا الثانى يرجع على الثالث بثلثمائة ، وهذا الثالث يرجع على الرابع بمائتين ، وهذا الرابع يرجع على الخامس بمائة . فالأولى من الناحية العملية أن يقسم المدين الأول منذ البداية الدين على المدينين الأربعة ، ويرجع على كل منهم بمائة . ولاضير عليه من هذا التقسيم ، فانه إذا وجد أحدهم معسراً رجع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم فى حصة المعسر كما سنرى . هذا إلى أن المنطق الذى أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخر للدعوى نفسها . ذلك أن المدين الذى وفى الدين فى المثل المتقدم إذا رجع على أحد المدينين الأربعة بأربعمائة ، كان لهذا المدين الثانى بعد أن يدفع الأربعمائة للمدين الأول أن يحل هو أيضاً محل الدائن قبل هذا المدين الأول بالذات بعد أن يستنزل حصته من الدين ، فيرجع عليه بثلثمائة . فيكون المدين الأول قد استوفى من المدين الثانى أربعمائة ثم وفاه ثلثمائة فى دعويين متتابعتين ، فخلص له من كل ذلك مائة ، فالأولى إذن أن يستوفى هذه المائة منذ البداية وفى دعوى واحدة(١).

إذن ينقسم الدين — سواء كان الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول — على المتضامنين كل بقدر حصته ، ولا يرجع المدين الذى وفى الدين كله على أى مدين آخر إلا بمقدار هذه الحصة . ويبقى بعد ذلك أن نرى كيف

---

(١) انظر فى هذا المعنى بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٨ . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٤ . ويقول جوسران فى هذا الصدد إن انقسام الدين على المدينين المتضامنين فى علاقتهم بعضهم ببعض لا يفسر بالرغبة فى تجنب سلسلة من دعاوى للرجوع لا مبرر لها . فسواء رجع المدين الذى وفى كل الدين على المدين الثانى بكل الدين بعد استنزال حصته ثم رجع الثانى على الثالث بالباقى بعد استنزال حصته وهكذا ، وهذه هى دعاوى رجوع أربع ، أو رجع المدين الأول منذ البداية على كل من المدينين الأربعة الآخرين بحصته فى الدين ، وهذه هى أيضاً دعاوى رجوع أربع ، فإن عدد دعاوى الرجوع واحد فى الحالتين . ويفسر جوسران انقسام الدين بأن التضامن ينقضى بمجرد استيفاء الدائن حقه . فينقسم الدين بانقضاء التضامن بعد أن أصبح الأمر مقتصراً على علاقة المدينين بعضهم ببعض . فاذا حل المدين الذى وفى الدين محل الدائن ، حل فى دين منقسم ، فلا يرجع على أى مدين آخر إلا بمقدار حصته فى الدين (جوسران ٢ فقرة ٧٧٩) .

تتعين حصص المدينين المتضامنين فى الدين . هنا تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ مدنى : « وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع . ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

فاذا وجد اتفاق بين المدينين المتضامنين ، منذ نشوء الدين ، على تعين حصة كل منهم فيه . وجب العمل بهذا الاتفاق . وقد يكون ضمنيا ، كما إذا اشترى ثلاثة داراً فى الشيوع ، للأول النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس ، وتضامنوا فى دفع الثمن للبائع . فينقسم الدين بينهم بنسبة حصة كل منهم فى الدار . ويجب على كل حال إثبات الاتفاق وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات ، فاذا أراد أحد المدينين إثبات مقدار حصة مدين آخر فى الدين وكانت قيمة هذه الحصة تزيد على عشرة جنيهات ، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها(١).

وإذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد نص فى القانون يرسم طريقة تعيين حصة كل مدين متضامن ، وجب اتباع النص . من ذلك أن الورثة إذا استدانوا للإنفاق على مصلحة التركة ، وكانوا متضامنين فى الدين ، فالقانون يعين حصة كل منهم فى الدين بقدر حصته فى الميراث . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٦٩ مدنى من أنه « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » . فيجوز إذن للقاضى ، بموجب هذا النص القانونى ، أن يعين حصة كل من المسئولين عن العمل الضار فى التعويض الذى يلتزمون به ، على حسب جسامة خطأ كل منهم ومدى ما أحدثه بفعله من الضرر (٢) .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٢) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والقاعدة أن الدين ينقسم بين المدينين بالنسبة المتفق عليها أو المحددة بمقتضى نص فى القانون . من ذلك مثلا نص المادة ٢/٢٣٦ من المشروع ، الخاص بدرجة جسامة الخطأ فيما يتعلق بالتضامن فى المسئولية عن الفعل الضار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨). وانظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٩ وفقرة ٦٢٠ ص ٩٣٠ .

فاذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يعين حصة كل من المدينين المتضامنين فى الدين ، لم يبق إلا جعل حصص المدينين جميعاً متساوية ، إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى ، ويفترض تساويهم فى مصلحتهم المشتركة فى الدين(١).

٢٠٧ — تحمل الموسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم: رأينا أن المادة ٢٩٨ مدنى تنص على أنه : « إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته » . وهنا تبرز فكرة التضامن ما بين المدينين ، فتلامس حتى علاقة المدينين فيما بينهم . ذلك أنهم ، حتى فى علاقتهم بعضهم ببعض ، يتضامنون فى تحمل حصة المعسر منهم . ولكن هذه الحصة تنقسم بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم فى الدين ، فلا يرجع المدين الذى وفى كل الدين على أى من المدينين الموسرين إلا بمقدار حصته وبنصيبه فقط فى حصة المعسر . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا ثلاثة حصصهم فى الدين متساوية ، وكان الدين ثلثمائة ، ودفعه واحد منهم ، فانه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بمائة . فلو كان واحد منهما معسراً رجع الدافع على الموسر بمائة وخمسين ، مائة هى حصة الموسر فى الدين وخمسين هى نصيبه فى حصة المعسر . ويتحمل الدافع فى النهاية هو أيضا مائة وخمسين ، حصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر (٢) . وقد قدمنا أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فان هذا المدين — ما لم يخله الدائن من المسئولية — يتحمل هو أيضا نصيبه فى حصة المعسر . وإلى هذا كله تشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « وإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة هذا الاعسار سائر المدينين ، حتى من قام منهم بالوفاء بالدين . وقد تقدمت الاشارة

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ — وانظر أيضاً بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٢) ولا يجوز أن يتحمل المدين الذى وفى الدين وحده حصة المعسر كلها ، وإلا لجاز للدائن أن يتحكم ، ولتوقف على اختياره مديناً دون آخر فى الرجوع بالدين أن يتحمل هذا المدين وحده تبعة الاعسار . هذا إلى أنه ليس من الإنصاف أن جزاء المدين الذى قام بالوفاء عن جميع المدينين ، فعجل إبراء ذمتهم من الدين ، أن يتحمل وحده حصة المعسر منهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠) .

إلى أن من أبرىء من المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصيبه فى تبعة الإعسار(١) » .

ويذهب الفقه فى فرنسا إلى أن العبرة فى قيام الإعسار تكون بالوقت الذى وفى فيه المدين المتضامن الدين للدائن ، فقد نشأ حقه فى الرجوع على المدينين المتضامنين ، بما فى ذلك تقسيم حصة المعسر على الموسرين ، فى هذا الوقت . فاذا كان المدينون المتضامنون الآخرون موسرين جميعا وقت الوفاء للدائن ، وتأخر المدين الذى وفى الدين فى الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم ، فالمدين الذى وفى الدين هو وحده الذى يتحمل حصة هذا المعسر جزاء تأخره فى الرجوع عليه (٢) . ويبدو أن هذا الرأى محل للنظر . فقد يطالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فيبادر هذا المدين إلى إدخال باقى المدينين المتضامنين معه فى الدعوى ليحكم على كل بحصته فى الدين . ويكون المدينون جميعا موسرين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال من [illegible]فع عليه الدعوى . ثم يعسر أحد المدينين قبل أن يتمكن للمدين الذى وفى الد[illegible]ن استيفاء حصة هذا المدين الذى أعسر . فهنا لا يمكن أن ينسب أى [illegible] إلى المدين الذى وفى الدين ، وليس من العدل أن يتحمل وحده حصة ا[illegible] المعسر . من أجل ذلك نرى التحفظ فى الرأى الذى يذهب إليه الفقه الف[illegible]ى ، فيكون الأصل فى الإعسار أن يقوم وقت الوفاء للدائن ، فاذا وقع بعد هذا الوقت ، تحمل المدين الذى وفى الدين وحده حصة المعسر ، إلا إذا أثبت أنه لم يقصر إطلاقا فى المحافظة على حقه ضد المدين المعسر (٣) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

(٢) لاروميير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٣٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠ — دى باج ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٣٤ .

(٣) ويرى الأستاذ عبد الحى حجازى أن التقنين المدنى المصرى الجديد لم يأخذ بالرأى الذى يذهب إليه الفقه الفرنسى فى هذه المسألة ، فيقول : « وليس فى القانون المدنى المصرى الجديد ما يفيد أنه أخذ أو يميل إلى الأخذ بهذا الرأى . إن القانون يقول : إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ... وهذا يفيد أنه يجب الاعتداد بالوقت الذى يحصل فيه الرجوع ، لا بالوقت الذى حصل فيه الوفاء . ومع ذلك فن الواضح أنه إذا ثبت أن المدين الموفى قد تلكأ فى الرجوع على سائر المدينين المتضامنين بما يجعله مقصراً ، وأنه لو كان قد بادر إلى الرجوع لما أصابه شىء من =

٢٠٨ – تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين : رأينا أن المادة ٢٩٩ مدنى تنص على أنه « إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين » . ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعا أصحاب المصلحة فى الدين ، بل يكون واحد منهم أو أكثر(١) هم أصحاب المصلحة دون الآخرين . فماذا يكون ، فى هذه الحالة ، شأن هؤلاء الآخرين الذين ليست لهم مصلحة فى الدين ، أى ليسوا هم المدينين الحقيقيين ، ومع ذلك يتضامنون فى الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ إنهم يكونون لاشك كفلاء لأصحاب المصلحة . وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون . يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك فى الوضع القانونى المألوف ، مدنيين أصليين وكفلاء ، بل برزوا جميعا مدينين متضامنين ؟ يسوقنا هذا إلى إيراد عجالة سريعة فى تاريخ الكفالة .

لم يكن القانون الرومانى القديم يعرف الكفالة فى وضعها الحديث ، ولم يكن متصوراً فى صناعة هذا القانون أن شخصا آخر يلتزم بنفس الدين الذى التزم به المدين دون أن يكون مديناً أصلياً معه ، لا مجرد مدين تابع . فلم يكن هناك بد ، إذا أريد أن يكون للمدين كفيل ، من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاماً أصلياً كما التزم المدين . ولما كان التضامن معروفا منذ زمن قديم وقد سبق الكفالة – بل هو الأصل الذى نشأت الكفالة عنه(٢) – فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة . فالكفيل كان إذن ، فى القانون الرومانى القديم ، مديناً متضامناً مع المدين

= جراء هذا الإعسار اللاحق ، عندئذ يعتبر خطأ ، ويؤدى تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة إلى عدم تحمل المدينين المتضامنين هذا الإعسار اللاحق (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٠٨ هامش رقم ١) .

(١) فليس من الضرورى أن يكون واحد فقط هو صاحب المصلحة ، وإذا كان النص قد جرى بأن أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة ، فهذا لا يمنع من أن يكون صاحب المصلحة أكثر من واحد ، والمهم هو ألا يكون المدينون المتضامنون جميعاً شركاء فى المصلحة (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨١ – لارومبيير ٣ م ١٢١٦ فقرة ١).

(٢) وهذا بخلاف الفقه الإسلامى ، فقد كانت الكفالة هى الأصل الذى نشأ عنه التضامن (انظر آنفاً فقرة ١٥٠ فى الهامش) .

الأصلى . ثم ما لبث القانون الرومانى أن تطور ، وبدت معالم الكفالة تتبين شيئاً فشيئاً . فأعطى للكفيل حق التقسيم إذا تعدد، ثم أعطى له حق تجريد المدين ، ثم اعترف فى النهاية أن التزامه ليس التزاماً أصلياً بل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول(١) . على أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقاً للدين ، فرجعت فى تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل ، وأصبحت فى الوقت الحاضر تنطوى على صور متدرجة .

فأبسط صورها وأضعفها توثيقاً للدين هى ، كما أشرنا إلى ذلك فى مكان آخر(٢) ، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين . فيكون الكفيل فى هذه الصورة مديناً تابعاً. له حق تجريد المدين الأصلى ، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين .

ثم تأتى صورة ثانية للكفالة هى أقوى فى توثيق الدين ، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مديناً تابعاً ، ويبقى له حق تجريد المدين ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم .

ثم تأتى صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة فى توثيق الدين ، هى أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مديناً تابعاً ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم ، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضاً متضامن معه .

ثم تأتى الصورة الأخيرة للكفالة ،وهى أقوى الصور جميعاً فى مراتب التوثيق . فيكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامناً مع المدين الأصلى ، ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين ، الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع المدين . وهكذا تعود الكفالة إلى ما كانت عليه فى عهدها القديم ، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصناعة القانونية كما كان الأمر فى القانون

---

(١) جيرار الطبعة الثالثة ص ٦٨٧ و ص ٧٤٤ . وانظر فى هذه المسألة وفى تطور الكفالة فى القانون الفرنسى القديم بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٤ .

الرومانى القديم ، بل ترجع إلى اعتبارات عملية هى الوصول فى توثيق الدين إلى أبعد غاياته . وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين، ولا حق تجريد المدين ، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً ، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول .

هذه الصورة الأخيرة هى التى تعنينا هنا ،إذ نرى أمامنا فيهامدينين متضامنين متعددين فى دين واحد ، ولكن واحداً (أو أكثر) من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة فى الدين ، أى هو المدين الأصلى ، والباقى ليسو إلا كفلاء عنه ، ولكنهم تقدموا إلى الدائن بوصفهم جميعاً مدينين أصليين متضامنين(١). والمبدأ الأساسى فى هذه الحالة هو التمييز ما بين علاقة هؤلاء المدينين المتضامنين بالدائن إذ تسرى قواعد التضامن ، وعلاقتهم بعضهم ببعض إذ تسرى قواعد الكفالة .

فى علاقتهم بالدائن ، تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة . ومن ثم لا يكون لهم حق تقسيم الدين بينهم ولا حق تجريد المدين الأصلى، بل يكون كل منهم مسئولا قبل الدائن عن كل الدين . كذلك لايكون لأى منهم أن يتمسك بالدفوع الخاصة بغيره ولو كان هذا الغير هو المدين الأصلى ، بل لا يتمسك إلا بالدفوع الخاصة به وبالدفوع المشتركة بينهم جميعا(٢) . ولا تبرأ ذمة أى منهم بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات ، كما تبرأ ذمة الكفيل

---

(١) ومن التطبيقات العملية لهذه الصورة الأخيرة : (ا) التابع والمتبوع ، فهما مسئولان بالتضامن قبل المضرور ، ولكن التابع وحده هو صاحب المصلحة فى الدين . (ب) من هو تحت الرقابة ومتولى الرقابة ، فهما مسئولان أيضاً بالتضامن قبل المضرور ، ولكن الأول منهما هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . (ج) ساحب الكمبيالة والمسحوب عليه والمظهرون للكمبيالة وضامنوها كلهم مدينون متضامنون قبل حامل الكمبيالة ، ولكن صاحب المصلحة فى الدين منهم هو المسحوب عليه وحده إذا كان قد قبل الكمبيالة أو عنده مقابل للوفاء (Provision) ، وإلا فالساحب (ليون كان ورينو الطبعة الخامسة ٤ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٩٠ وما بعدها — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٩٧ هامش رقم ١) .

(٢) فليس له مثلا أن يتمسك بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالابراء أو بالتقادم إذا وقع شىء من ذلك مع مدين متضامن آخر ولو كان هو المدين الأصلى ، إلا بقدر حصة هذا المدين . ولو أجرينا أحكام الكفالة ، لكان له أن يتمسك بهذه الدفوع فى كل الدين ، ما دام المدين الأصلى يستطيع أن يتمسك بها .

(م ٧٨٤ مدنى)(١) . ولا تبرأ ذمة أى منهم إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلى خلال ستة أشهر من إنذار الدائن بذلك ، كما تبرأ ذمة الكفيل (م ٢/٧٨٥ مدنى) . ولا ينتقص حق الدائن فى الرجوع عليهم حتى لو أفلس المدين الأصلى ولم يتقدم الدائن فى تفليسته ، كما يسقط حقه فى الرجوع على الكفيل (م ٧٨٦ مدنى) . وإذا كان هناك تأمين عينى خصص لضمان الدين ، جاز مع ذلك للدائن أن ينفذ على أموالهم قبل التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين ، ولا يجوز بالنسبة إلى الكفيل التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على الأموال المخصصة للتأمين (م ٧٩١ مدنى)(٢) .

---

(١) لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٩٥ — فقرة ٥٠٠ — لوران ١٧ فقرة ٣٤٢ — هيك ١٢ فقرة ٢٥٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا ص ٥٤ — ص ٥٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٨٩ — بيدان ولاجارد ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ — انظر عكس ذلك : ديرانتون ٢٨ فقرة ٣٨٢ فى الهامش — توليه ٧ فقرة ١٧٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٩ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣ ، وقد كنا من هذا الرأى العكسى فى الموجز ، واعتمدنا فى ذلك على حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة ، ولكن الصحيح هو الرأى الذى بسطناه فى المتن . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن المدينين المتضامنين ، وهم كفلاء بعضهم لبعض ، تسرى عليهم أحكام الكفالة ، فيجوز لأى منهم أن يتمسك على الدائن بسقوط حقه بقدر ما أضاعه بخطأه من التأمينات (١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٢) . ولكن هذه المحكمة رجعت عن هذا الرأى بعد ذلك ، فقضت بأن المدينين المتضامنين ، وإن كانوا فى علاقتهم فيما بينهم كفلاء بعضهم لبعض ، إلا أنهم فى علاقتهم بالدائن يعتبر كل منهم مديناً أصلياً ، فليس له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل ، وليس له بنوع خاص أن يتمسك باضاعة التأمينات (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧١) .

ويستثنى بودرى وبارد من القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك على الدائن باضاعته التأمينات حالتين : (أ) إذا أضاع الدائن التأمينات بسوء نية ، بأن اتفق مثلا مع المدين الذى قدم التأمينات أن ينزل له عنها فى مقابل مبلغ من النقود ، وقصر رجوعه على المدينين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٩٠) . (ب) إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدينين المتضامنين على أنه لا يجوز للدائن أن يضيع التأمينات بخطأه . وقد يكون هذا الاتفاق ضمنياً ، بأن يكون الدائن مثلا عالما بأن المدينين المتضامنين الآخرين لم يقبلوا التضامن إلا بعد أن قدمت هذه التأمينات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٩١) .

(٢) على أنه إذا كان الدائن يعلم أن مديناً متضامنا هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، ثم أبرأه منه ، فليس له أن يرجع بعد ذلك بشىء على المدينين الآخرين . ذلك أنه إذا رجع على =

أما فى علاقتهم بعضهم ببعض ، فقواعد الكفالة هى التى تسرى دون قواعد التضامن . وقد قدمنا أنه يجب على أى منهم قبل أن يقوم بوفاء الدين أن يخطر المدين الأصلى ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على هذا المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه . فإذا لم يعارض المدين الأصلى فى الوفاء ، بقى لمن وفى الدين حقه فى الرجوع عليه ، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه . وهذا هو نفس الحكم الذى يسرى على الكفيل ، من حيث وجوب إخطاره المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين (م ٧٩٨ مدنى)(١) . ولكن الذى يعنينا أن نبينه هنا — وهى المسألة التى نريد الوقوف عندها — هو أن هؤلاء المدينين المتضامنين ، وقد ارتدوا كفلاء فى علاقتهم بالمدين الأصلى ، لا يتحملون بشىء من الدين شأن كل كفيل إذ لا مصلحة لهم فيه ، بل المدين الأصلى صاحب المصلحة هو الذى يتحمل بالدين كله . فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلى بالدين فدفعه ، لم يرجع هذا المدين بشىء على المدينين المتضامنين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه . أما إذا كان الدائن قد طالب أياً من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلى بالدين فدفعه ، رجع الدافع بالدين كله على المدين الأصلى كما يفعل الكفيل الذى وفى المدين فى رجوعه على المدين ، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين . وهذا ، كما رأينا ، ماتنص عليه صراحة المادة ٢٩٩ مدنى ، إذ تقضى بأنه إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين . فيتحمل المدين الأصلى إذن بالدين كله ، سواء طالبه به الدائن فدفعه دون أن يرجع بشىء على المدينين الآخرين ، أو طالب به الدائن مديناً آخر فدفعه ورجع به كله على المدين الأصلى . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ولكن إذا

= أحد منهم ، كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من إبرائه فلم تعد هناك فائدة من هذا الإبراء . وما دام الدائن قد أبرأ صاحب المصلحة فى الدين وهو عالم بذلك ، فالمفروض أنه أراد من [illegible] إبراء المدينين الآخرين . كذلك إذا ورث الدائن صاحب المصلحة فى الدين ، لم يكن له أن يرجع بشىء على غير أصحاب المصلحة من المدينين المتضامنين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٤ فى الهامش .

كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله فى صلته بالباقين . فلو أقيم الدليل على أن مديناً من المدينين المتضامنين هو المدين الأصلى وأن الآخرين ليسو سوى كفلاء - فى حدود صلتهم بعضهم ببعض لا فى حدود صلتهم بالدائن - وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله ، فاذا وفى لم يكن له حق الرجوع على الباقين ، وإذا قام بالوفاء مدين آخر كان هذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله »(١) . ويخلص من هذه العبارة أنه يفترض فى الأصل أن المدينين المتضامنين المتعددين كلهم أصحاب مصلحة فى الدين ، فاذا ادعى أحد منهم أن واحداً أو أكثر من هؤلاء المدينين هم وحدهم أصحاب المصلحة فى الدين ، فعليه يقع عبء الإثبات . وعليه أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات ، فلا يجوز أن يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أن بعض المدينين المتضامنين فى دين تزيد قيمته على عشرة جنيهات هم وحدهم أصحاب المصلحة فيه(٢) .

ويلاحظ أنه إذا كان أصحاب المصلحة فى الدين أكثر من واحد ، فان المدين الذى وفى الدين دون أن يكون ذا مصلحة فيه يرجع على أى من أصحاب المصلحة بكل الدين ، إذ كل من هؤلاء مدين أصلى . وهذا هو الحكم فيما إذا كان للمدينين المتضامنين المتعددين كفيل وفى الدين عنهم ، فقد نصت المادة ٨٠١ مدنى على أنه « إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين ، فلكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ماوفاه من الدين »(٣) . وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه . فاذا وفى أحدهم الدين كله ، سواء بدفعه مباشرة للدائن أو بوفائه لمدين غير ذى مصلحة قام بدفعه للدائن ، رجع على الباقى من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ — ص ٩٩ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٣ .

(٣) وللكفيل الذى وفى الدين عن المدينين المتضامنين أن يرجع على أى منهم بكل الدين ، حتى لو كان المدين الذى رجع عليه قد اشترط على المدينين الآخرين أن يتحملوا هم وحدهم بكل الدين ، فإن هذا الشرط النافذ فى علاقة هؤلاء المدينين بعضهم ببعض لا يسرى فى حق الكفيل (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٢) .

وإذا دفع مدين غير ذى مصلحة فى الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته إياه ، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة فى الدين فوجدهم جميعاً معسرين ، رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته فى الدين(١) . فان لم يكن متفقاً على تعيين حصة كل منهم ، كانوا جميعاً متساوين فى الحصص .

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٥١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ مكررة ١ ص ٣٨٣ الأستاذ عبد الحى حجازى ١ — ص ٢٤٩ — وقد طبقنا هنا أحكام الكفالة . وقد ورد فى هذا المعنى نص صريح فى التقنين المدنى المصرى ، إذ تقضى المادة ٧٩٦ من هذا التقنين بأنه « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم » . وتنص المادة ٢٠٣٣ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد فى دين واحد ، فالكفيل الذى وفى الدين يرجع على الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته » .

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام *

(Obligation indivisible)

٢٠٩ — تقسيم الموضوع : نبحث الالتزام غير القابل للانقسام ، كما بحثنا الالتزام التضامني ، على الوجه الآتي : (أولا) أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام ، وهذا يقابل في الالتزام التضامني مصادر التضامن . (ثانياً) الآثار التي تترتب على قابلية الالتزام للانقسام (١) .

---

* مراجع : كاميل كليير (Camille Kleyer) في الالتزامات القابلة للانقسام وغير القابلة له رسالة من بروكسل سنة ١٨٧٣ — لويس جوترون (Louis Gotteron) في عدم قابلية الالتزامات للانقسام في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي رسالة من بوردو سنة ١٨٧٦ — بنكاز ٢ فقرة ٨٠٠ وما بعدها — هرفيه (Hervé) في التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٣١٢ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٣ وما بعدها — أوبري ورو ٦ فقرة ٣٠١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨ وما بعدها — دي باج ٣ فقرة ٢٩٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٩٥ وما بعدها — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٣٣ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٧٩٢ وما بعدها .

(١) وقد كسب موضوع الالتزام غير القابل للانقسام شهرة بعيدة في التعقيد والغموض . وزاد في تعقيده وغموضه مؤلف وضعه ديمولان (Dumoulin) ، من أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم ، في القرن السادس عشر ، عالج فيه هذا الموضوع بإفاضة ، وشبهه بتيه يضل فيه السارى ، وقد وضع له المفاتيح والخيوط التي يهتدى بها في اجتياز هذا التيه . ولخص بوتييه هذا المؤلف في بضع صفحات ، وعن بوتييه أخذ واضعو التقنين المدني الفرنسي النصوص التسعة التي صاغوها في هذا الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨) .

الفرع الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يكون الالتزام غير قابل للانقسام » :

« (ا) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم » .

« (ب) إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٧٢/١١٦ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٧٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٠ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٠ — ص ١٠٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٧٢/١١٦ : متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام ، بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد ، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل ، وله الرجوع على باقى المتعهدين معه . (ولا فرق فى الحكم بين التقنينين القديم والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٠٠ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٧ (مطابقة) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٦ (مطابقة) .

ويتبين من هذا النص أن عدم القابلية للانقسام يرجع إما لطبيعة محل الالتزام، وإما للاتفاق (١).

٢١١ — عدم القابلية للانقسام يرجع الى طبيعة المحل : عني ديمولان (Dumoulin)، وهو من فقهاء القانون الفرنسي القديم البارزين، عناية خاصة بموضوع الالتزام غير القابل للانقسام، وله فيه تقسيمات مشهورة، لعلها ساعدت على تعقيد هذا الموضوع أكثر مما أدت إلى تبسيطه.

على أن من تقسيماته ما بقي حتى اليوم معمولا به. من ذلك أنه يميز في عدم القابلية للانقسام الذي يرجع إلى طبيعة المحل بين صورتين :

(الصورة الأولى) صورة عدم التجزئة المطلقة (indivisibilité absolue) أو عدم التجزئة الحتمية (indivisibilité nécessaire)، وتتحقق عندما يكون محل الالتزام بطبيعته غير قابل أصلا للانقسام. فعدم الانقسام يرجع إلى أصل الخلقة لا إلى عارض من عمل الإنسان.

فاذا كان الالتزام محله نقل حق عيني، فالأصل فيه أنه يكون قابلا للانقسام، إما انقساماً طبيعيا (division matérielle) كما إذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية عشرين أردباً من القمح فيمكن انقسام هذا الالتزام انقساماً طبيعياً إلى أجزاء متعددة، وإما انقساماً معنوياً (division intellectuelle) كما إذا كان المدين ملتزماً

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٠ : يكون الموجب غير قابل للتجزئة : أولا — بسبب ماهية الموضوع حينما يكون شيئاً أو عملا غير قابل لتجزئة مادية أو معنوية. ثانياً — بمقتضى صك إنشاء الموجب أو بمقتضى القانون حينما يستفاد من الصك أو من القانون أن تنفيذ الموجب لا يكون جزئياً.

ويلاحظ أن التقنين اللبناني يضيف القانون إلى أسباب عدم القابلية للانقسام. ولا محل لذكر القانون هنا، فالنص الذي يقضي بعدم جواز تجزئة التنفيذ لا يجعل الالتزام ذاته غير قابل للانقسام، ولكن يورد حكماً في تنفيذه، مثل ذلك عندما ينص القانون على عدم جواز تجزئة الوفاء.

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٠.

بنقل ملكية منزل فان هذا الالتزام يمكن أن ينقسم انقساماً معنويا إلى نقل ملكية نصف المنزل فى الشيوع وربعه وخمسه وهكذا (١) . غير أن هناك حقين عينين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية ، وهما حق الارتفاق وحق الرهن .

---

(١) انظر فى أمثلة لعدم القابلية للانقسام نظراً لطبيعة المحل : استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٤ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٤ — وانظر فى عدم القابلية للانقسام فى رصيد الحساب الجارى : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ١٢٤ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ — وانظر فى عدم قابلية دعوى القسمة للانقسام : استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ — ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ — وانظر فى عدم قابلية دعوى بطلان المرافعة للانقسام : استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨ — وفى عدم قابلية دعوى الصورية ودعوى البطلان للانقسام : استئناف مختلط ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن طلب ورثة المشترى لعقار صحة ونفاذ البيع الذى عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى فى جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذ مثل هذه الدعوى التى يقصد بها أن تكون دعوى استحقاق مآلا ، يعتبر فى الأصل قابلا للتجزئة ، لكل وارث أن يطالب بحصة فى المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد عاقديه . وإذن فتى كان الواقع أن ورثة المشترى أقاموا دعواهم على ورثة البائع يطلبون الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر من مورث هؤلاء الآخرين عن قطعة أرض فضاء ، ولما قضى برفض الدعوى استأنف بعض الورثة دون البعض الآخر الحكم ، وكان الحكم الاستئناف إذ قضى بقبول الاستئناف وإلغاء الحكم الابتدائى بصحة ونفاذ البيع استناداً إلى أن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، لم يبين كيف توافر لديه الدليل على هذا ، فإنه يكون قد شابه قصور مبطل له فى قضائه ، لأنه متى كان المبيع قطعة أرض فضاء فإنه لا يصح إطلاقاً القول بأن الموضوع غير قابل للتجزئة دون بيان سند لهذا القول (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٣ ص ٣٩٤) .

وقضت محكمة النقض ، فى خصوص دعوى الغصب ، بأنه إذا رفعت دعوى الغصب ، وكانت العين المغصوبة المطلوب ردها قابلة بذاتها للتجزئة ، بل مجزأة فعلا ، وتحت يد كل من المدعى عليهم بالغصب جزء معين منها يستند فى وضع يده عليه إلى عقد صادر له من ملكه ، وحكمت المحكمة برفضها ، فاستأنف المدعى هذا الحكم فى الميعاد ضد بعض المدعى عليهم الواضعى اليد على بعض أجزاء العين ، ثم استأنف بعد الميعاد ضد المدعى عليهم الواضعى اليد على بعض الأجزاء الأخرى ، فلا يقبل قول هذا المستأنف بأن موضوع الحق المطلوب غير قابل للتجزئة . وأنه لهذه العلة يكفى أن يكون استئنافه قبل البعض صحيحاً ليكون الاستئناف قبل البعض الآخر صحيحاً ولو كان بعد الميعاد ، بل الحكم الذى يقبل هذا ويقرره فى هذه الصورة يكون باطلا متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٥ ص ٢٢٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تكيفت الدعوى بأنها دعوى ملكية موضوعها =

فمن يلتزم بترتيب حق ارتفاق أو ترتيب حق رهن لا يستطيع أن يجزىء التزامه . ويكون الالتزام فى هاتين الحالتين غير قابل للانقسام بصفة مطلقة أو بصفة حتمية (١) .

وإذا كان الالتزام محله القيام بعمل كالالتزام بتسليم شىء ، فانه قد يكون بطبيعته قابلا للانقسام وقد لا يكون . فاذا تعهد شخص بتسليم أرض . فانه يستطيع أن يجزىء التزامه إذ الأرض قابلة بطبيعتها للتجزئة ، فيمكن أن يسلم جزءاً من الأرض ثم يسلم جزءاً آخر وهكذا . أما إذا تعهد بتسليم حيوان حى . حصان مثلا . فانه لا يستطيع أن يجزىء التزامه ، إذ الحيوان الحى كل لا يتجزأ عند التسليم . صحيح أنه تجوز تجزئته فى نقل ملكيته ، فتنتقل ملكية نصف الحصان أو ربعه . ولكن الالتزام بتسليم الحصان هو التزام غير قابل للانقسام ، وعدم القابلية للانقسام هنا يرجع إلى أصل الخلقة فهو مطلق أو حتمى . كذلك التزام البائع بضمان الاستحقاق التزام غير قابل للانقسام ، ويرجع ذلك إلى طبيعة محل الالتزام . وقل مثل هذا فى التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (٢) . وغنى عن البيان أن الالتزام بالقيام بعمل ، حتى إذا كان فى طبيعته غير قابل للانقسام ، يصبح قابلا للانقسام إذا تحول إلى تعويض نقدى (٣) .

وإذا كان الالتزام محله الامتناع عن عمل ، فأكثر ما يكون أنه غير قابل للانقسام ، إذ أى عمل يأتيه المدين مخالفا لالتزامه يعتبر خرقاً للالتزام . فاذا تعهد بائع المتجر لمشتريه ألا ينافسه فى حدود معينة ، فأية منافسة يقوم بها البائع

= ملكية منزل وأساسها فعل غصب ادعى به على عدة أشخاص ، أصبح موضوع الدعوى ، وهو تثبيت الملكية للمنزل والتخلى عن تسليمه ، لا يقبل الانقسام ، واعتبر هذا الطلب المبنى على فعل الغصب غير قابل للتجزئة عند التنفيذ . وما دام المدعى عليهم جميعاً معتبرين غاصبين ، فلا محل للتفرقة بينهم . إذ يجوز للمدعى مقاضاتهم بهذه الصفة ، سواء أكانوا غاصبين بأنفسهم أم حائزين محل الغاصب ، وسواء أكانوا حسنى النية أم لا (استئناف مصر ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦٠ ص ٧٠٧) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

(٢) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

(٣) نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٢٣٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

فى الحدود المتفق عليها تعتبر خرقاً للالتزام ، ولا يستطيع البائع أن يقوم بالتزامه من عدم المنافسة إلا قياماً غير مجزأ وغير قابل للانقسام بامتناعه أصلا عن المنافسة . على أنه يمكن أن نتصور أن الالتزام بعدم المنافسة يكون قابلا للانقسام استثناء . فاذا كانت أعمال المنافسة التى التزم بها البائع قد فصلت وقسمت إلى أعمال معينة يضمها كلها التزام واحد ، بأن اشترط المشترى مثلا على بائع المتجر ألا يقيم متجراً آخر منافسا ، وألا يصرف عملاء المتجر عنه ، وألا ينتزع منه مستخدميه ، فمن الممكن فى هذه الحالة أن يقوم البائع بجزء من التزامه ويخل بجزء آخر ، فيمتنع مثلا عن إقامة متجر مماثل ولكنه ينتزع مستخدمى المتجر ، ويكون الالتزام بالامتناع عن عمل فى هذه الحالة قابلا للانقسام (١) .

(**الصورة الثانية**) صورة عدم التجزئة النسبية (indivisibilité relative) أو عدم التجزئة الطبيعية (indivisibilité naturelle) . وتتحقق عند ما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام لا بأصل خلقته ، بل لعارض من عمل الإنسان. مثل ذلك الالتزام بتسليم متجر ، فان المتجر وهو محل الالتزام إذا كان قابلا للانقسام بطبيعته إذ تمكن تجزئة عناصره المختلفة من مكان وسلع وعملاء وحقوق وديون وما إلى ذلك ، إلا أنه جعل بعمل الإنسان كلا غير قابل للتجزئة ، فلا يمكن تسليم بعضه دون بعض . كذلك الالتزام ببناء منزل هو أيضا التزام غير قابل للانقسام ، لا بأصل خلقته ، وإلا فمن الممكن أن نتصور تجزئة بناء المنزل ، فيقوم بتشييد حيطانه مقاول ، ويقوم بعمل أبوابه ونوافذه مقاول ثان ، ويقوم بتجهيزه بالأدوات الصحية مقاول ثالث وهكذا . ولكن الالتزام عند ما يقع

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ — وقد عرضت المذكرة الإيضاحية لهذه الصورة الأولى ، صورة عدم التجزئة المطلقة أو الحتمية ، فقالت : « تتناول المادة ٤٢٤ (م ٣٠٠ مدنى) بيان حالتى عدم القابلية للانقسام : (ا) فتعرض الأولى حيث يرد الالتزام على محل لا يقبل التجزئة بطبيعته ، كما هو الشأن فى تسليم شىء معين بذاته يعتبر كلا لا يحتمل التبعيض كجواد مثلا ، أو فى ترتيب أو نقل حق غير قابل للانقسام كالارتفاق مثلا ، أو فى التزام وضع لا يتصور فيه التفريق كالبقاء على موقف سلبى معين بمقتضى التزام بالامتناع عن عمل شىء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠١) .

على بناء منزل فى مجموعه ، فقد جعل محل الالتزام كلا غير قابل للتجزئة ، ولا يعتبر الالتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء المنزل بأكمله (١) .

٢١٢ — عدم القابلية للانقسام يرجع الى الاتفاق : ويكون الالتزام أيضا غير قابل للانقسام ، كما تقول الفقرة (ب) من المادة ٣٠٠ مدنى «إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » . فمحل الالتزام يكون إذن بطبيعته قابلا للانقسام ، ولكن المتعاقدين أراداه غير قابل للانقسام بالاتفاق فيما بينهما . وعدم التجزئة هنا تسمى عدم تجزئة اتفاقية (indivisibilité conventionnelle) ، أو عدم تجزئة عرضية (indiv. accidentelle) ، أو عدم تجزئة فى التنفيذ (indiv. solutione tantum) . والإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية .

فالإرادة تكون صريحة إذا اشترط الدائن على المدين صراحة فى العقد الذى أنشأ الالتزام ألا يجوز تنفيذه منقسما ، بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل للتجزئة . وأكثر ما يقع ذلك فى الالتزامات التضامنية عند ما يريد الدائن ألا ينقسم الالتزام على ورثة أحد من المدينين المتضامنين أو عند ما يريد الدائنون المتضامنون ألا ينقسم الالتزام على ورثة أى منهم ، فيشترط إلى جانب التضامن فى الالتزام عدم قابلية للانقسام (٢) ، وقد رأينا فى التضامن أن الالتزام ينقسم على الورثة ما لم يشترط عدم قابليته للانقسام . وكثيراً ما يشترط فى نظم الشركات التجارية أن السهم يكون غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى الشركة ، فلا يجوز أن يمثل السهم أمام الشركة ، إلا شخص واحد (٣).

وتكون الإرادة ضمنية إذا تبين مثلا أن الغرض الذى يرمى إليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل فى تنفيذه للتجزئة . فمن اشترى أرضاً ليبنى عليها مدرسة

---

(١) بلانيول وريبير وجابرلد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ — وانظر أيضا بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٩٢ .

(٢) ويكون الشرط هنا واقعاً على الالتزام ذاته فيجعله غير قابل للانقسام ، ولا يعتبر أنه تعاقد على تركة مستقبلة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٥) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٦ .

أو مستشفى أو داراً ، وكان البناء يقتضى كل هذه المساحة من الأرض المبيعة ، وقد دخل ذلك فى حساب المتعاقدين ، فان الأرض وإن كانت قابلة للتجزئة بطبيعتها ، إلا أنها فى هذه الحالة لا تمكن تجزئتها بالنسبة إلى الغرض الذى رمى إليه المشترى ، وقد علم به البائع ، وكان محل اتفاق ضمنى بينهما . كذلك إذا تعهد شخص باقراض آخر مبلغاً من النقود ليسترد عيناً أو ليشفع فيها ، وكان هذا المبلغ كله ضروريا للاسترداد أو للأخذ بالشفعة ، فان الالتزام هنا لا يتجزأ طبقاً للغرض الذى رمى إليه المتعاقدان (١) .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٢٧ ص ٤٥٣ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠١ — وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بارادة المتعاقدين . وإذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن اشترى من المطعون عليه قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى ولكن أفرغا معاً فى محرر واحد ، وكان الحكم . إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيساً على أن التزامات الطاعن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وإنه قصر فى الوفاء بها ، قد أقام قضاءه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية وأن نية المطعون عليه واضحة فى هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتر واحد يكمل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن ، متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك ، فإن ما ينعاه عليه الطاعن من خطأ فى تطبيق القانون استناداً إلى إنه أوفى المطعون عليه بكامل ثمن القطعة التى طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليها يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

هذا ويذهب بعض الفقهاء إلى جعل عدم التجزئة النسبية وعدم التجزئة الاتفاقية قسماً واحداً فكلاهما يرجع إلى الجهة التى اعتبر من ناحيتها الالتزام (دى باج ٣ فقرة ٢٩٨ وفقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٧٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٨٠ — فقرة ٨٨٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٧١٤) . ويستبقى فقهاء آخرون التمييز بين هذين النوعين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ — فقرة ١١٠٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٩٨ — فقرة ١٩٠٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٩٥) . وانظر فى أن عدم القابلية للانقسام انما يقع على محل الالتزام لا على الالتزام ذاته ، وأنه أقرب إلى أن يكون خصوصية فى تنفيذ الالتزام من أن يكون وصفاً له : بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٥ .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٣ — **تعدد المدينين أو تعدد الدائنين** : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون . إما ابتداء عند إنشاء الرابطة القانونية ، وإما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفاً من طرفى الالتزام . أما حيث لا يتعدد الدائن ولا المدين ، فيتعين الوفاء بالالتزام كاملا دون تبعيض . منقسما كان أو غير قابل للانقسام ، وللدائن أن يرفض الوفاء الجزئى (١) » .

والواقع من الأمر أنه ما دام كل من الدائن والمدين واحداً . فسواء كان الالتزام قابلا للانقسام أو غير قابل له ، فليست هناك أية أهمية عملية لهذا التمييز ، إذ أن الالتزام — قابلا للانقسام أو غير قابل له — يكون دائماً فى تنفيذه غير قابل للانقسام . ولا يستطيع المدين أن يجزئ تنفيذه ، وأن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، ولو كان الالتزام قابلا لهذه التجزئة . فاذا كان على المدين مبلغ من النقود ، وحل أجل الدين ، لم يستطع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل جزءاً من هـذا المبلغ . مع أن النقود قابلة للتجزئة (٢) .

وإنما تتبين أهمية التمييز بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل له ، إذا تعدد المدين أو تعدد الدائن . فاذا تعدد المدين فى التزام ، فالأصل أن ينقسم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤ .

(٢) على أنه قد يكون كل من الدائن والمدين واحداً ويكون من المهم مع ذلك معرفة ما إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام ، وذلك فى حالة استعمال القاضى حقه فى نظرة الميسرة (م ٣٤٦/٢ مدنى) . فاذا كان الالتزام غير قابل للانقسام — بطبيعته على الأقل — لم يستطع القاضى أن يجزئ الالتزام على أقساط ، وإن استطاع تأجيله كله (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٦٦) . كما قد يترتب على اشتراط عدم الانقسام الربط بين التزامين منفصلين فى الأصل ، فيصير التزام المدين واحداً لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٣٠٦ هامش رقم ١ — نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

الالتزام على المدينين (١) ، إلا إذا كان غير قابل للانقسام ، فعندئذ يكون كلا لا يقبل التجزئة . وعلى كل مدين أداؤه كاملا للدائن ، حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين . كذلك إذا تعدد الدائن ، فالأصل أيضاً أن ينقسم الالتزام على المدينين ، إلا إذا كان غير قابل للانقسام ، فعندئذ يستطيع كل دائن أن يطالب المدين بالدين كله ، حتى لو لم يقم تضامن بين الدائنين .

ومن ثم يجب تعدد المدينين أو الدائنين ، حتى تظهر الآثار التى تترتب على عدم القابلية للانقسام . وهذا ما يدعو إلى جعل عدم القابلية للانقسام وصفاً متعلقاً ، لا بمحل الالتزام ، بل بأطرافه (٢) . والتعدد إما أن يوجد منذ البداية عند نشوء الالتزام ، وإما أن يطرأ بعد نشوء الالتزام وقبل تنفيذه ، بأن يموت الدائن أو المدين ويترك ورثة متعددين ، أو بأن يحول الدائن أو المدين جزءاً من الدين إلى محال له أو محال عليه ، فيتعدد الدائنون أو المدينون لا عن طريق الميراث بل عن طريق الحوالة .

فنستعرض إذن : (أولا) تعدد المدينين (ثانياً) تعدد الدائنين .

---

(١) انظر فى انقسام الدين على المدينين المتعددين : استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦ — ١٨ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٧ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٨ — ٢٩ يونيه ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣ .

(٢) ذلك لأنه مادامت أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام لا تظهر إلا عند تعدد المدين أو الدائن ، فوصف عدم القابلية للانقسام إنما يدور مع هذا التعدد ، لا مع طبيعة المحل فى ذاته ، فيلحق بأطراف الالتزام دون محله (انظر دى باج ٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢ وفقرة ٢٩٢ — فقرة ٢٩٣ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٧٦ — ص ٧٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٩) — وفى هذا المعنى تنص المادة ٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « الموجب القابل للتجزئة يجب تنفيذه فيما بين الدائن والمديون كما لو كان غير قابل لها ، ولا يلتفت إلى قابلية التجزئة إلا إذا كان هناك عدة دائنين لا يستطيع كل منهم أن يطالب إلا بحصته من الدين القابل للتجزئة ، أو إذا كان عدة مديونين لا يلزم كل منهم إلا بجزء من الدين . وتطبق القاعدة نفسها على الورثة ، فلا يمكن أن يطالبوا أو يطالبوا إلا بالحصة التى تعود لهم أو عليهم من دين التركة » .

المبحث الأول

تعدد المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام

٢١٤ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملا » .

« ٢ – وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك(١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملا ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين . ٢ – وللمدين الذى وفى الدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين » من الفقرة الأولى ، ولم تذكر اللجنة سبب الحذف ، ولكن الظاهر أن هذا السبب يرجع إلى أنه عند موت المدين تكون التركة مسئولة عن التزامه حتى لو كان قابلا للانقسام وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولا ينقسم على الورثة ، ومن ثم لم يعد هناك حاجة إلى النص على هذا الحكم فى خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . وقد أصبح النص بعد هذا الحذف مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٣١٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ وقد ذكرت فى تقريرها ما يأتى : « اقترح أن يضاف إلى نصوص المواد ٣٠٠ وما بعدها الخاصة بالالتزام غير القابل للانقسام النص الآتى : تسرى أحكام التضامن على الالتزام غير القابل للانقسام ، وذلك بقدر ما تتفق هذه الأحكام مع طبيعته ، وذلك لبيان حكم التقادم والإبراء وما إلى ذلك من أحكام التقادم فى خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن أكثر أحكام التضامن تقوم على فكرة النيابة ، ومن الأحوط التحرز من بسط نطاق هذه الفكرة على الالتزام غير القابل للانقسام . أما بيان الأحكام التى يشير إليها الاقتراح فيرجع فيها إلى القواعد العامة ، هذا فضلا عن أن صيغة النص المقترح لا ترد القاضى إلى ضابط بين المعالم » . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٣٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٢ – ١٠٦) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٦/١٧٢ (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠١ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٨ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٧ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٧١ و٧٣–٧٤ و٧٧–٧٨(٢) .

---

(١) التقنين المدنى السابق م ١١٦/١٧٢ : متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد ، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل ، وله الرجوع على باقى المتعهدين معه . (والحكم واحد فى التقنينين القديم والجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣٠١ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٨ (مطابقة) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٧ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧١ : إذا تعدد المديونون فى موجب غير قابل للتجزئة أمكن إلزام كل منهم بإيفاء المجموع ، على أن يكون له حق الرجوع على سائر المديونين . ويسرى هذا الحكم على ورثة من عقد مثل هذا الموجب إذ لا تصح فيه قاعدة التجزئة الأرثية خلافاً لدين التضامن . ويكون الرجوع على بقية المديونين إما بإقامة دعوى شخصية وإما بإقامة الدعوى التى كانت من حق الدائن مع ما يتبعها من وجوه التأمين .

م ٧٣ : إن المديون بدين لايتجزأ والمدعى عليه بمجموع الموجب يمكنه أن يطلب مهلة لإدخال بقية المديونين فى الدعوى ليحول دون صدور الحكم عليه وحده بمجموع الدين . أما إذا كان لا يمكن استيفاء الدين إلا من المديون المدعى عليه ، جاز صدور الحكم عليه وحده وله عندئذ حق الرجوع على سائر شركائه فى الإرث أو فى الموجب بما يناسب حصة كل منهم .

م ٧٤ : إن قطع أحد الدائنين لمرور الزمن فى موجب لا يتجزأ يستفيد منه الآخرون ، كما أن قطعه على مديون ينفذ فى حق سائر المديونين . وكذلك الأسباب الموقفة لمرور الزمن فإن حكمها يسرى على الجميع .

م ٧٧ : إن الدين القابل للتجزئة بين المديونين لا يتجزأ : أولا – حينما يكون موضوع الموجب تسليم شىء معين بذاته موجود فى حوزة أحد المدينين . ثانيا – حينما يكون أحد المديونين موكلا وحده بتنفيذ الموجب إما بمقتضى عقد الإنشاء وإما بمقتضى عقد لاحق له . وفى كلتا الحالتين يمكن أن يطالب بمجموع الدين المديون الواضع يده على الشىء أو الموكل بالتنفيذ ، ويكون له عند الاقتضاء حق الرجوع على شركائه بالدين .

م ٧٨ : إن قطع مرور الزمن فى الأحوال المبينة فى المادة السابقة ، على المديون التى تمكن مطالبته بجميع الدين ، تسرى مفاعيله على سائر الموجب عليهم .

والأحكام واحدة فى التقنين اللبنانى والتقنين المصرى ، إلا أن نصوص التقنين اللبنانى أكثر =

وحتى نقابل مابين تعدد المدينين فى الالتزام القابل للانقسام والتضامن بين المدينين ، نجرى فى البحث هنا على الخطة التى جرينا عليها هناك ، فنبحث فى الالتزام غير القابل للانقسام : (١) علاقة الدائن بالمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

علاقة الدائن بالمدينين

٢١٥ — المبادئ الأساسية : فى علاقة الدائن بالمدينين يكون للالتزام غير القابل للانقسام محل واحد لايتجزأ . فوحدة المحل يشترك فيها الالتزام غير القابل للانقسام والالتزام التضامنى ، ولكن الأول يزيد على الثانى فى أن هذا المحل الواحد غير قابل للتجزئة .

ويترتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة مايأتى :

أولا — فيما يتعلق بالوفاء يستطيع الدائن أن يطالب أيا من المدنيين المتعددين بالدين كله ، فانه دين واحد غير قابل للتجزئة .

ثانياً — وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء، إذا انقضى الالتزام بأى سبب منها بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين ، فانه — نظراً لوحدة الالتزام وعدم قابليته للتجزئة — ينقضى بالنسبة إلى الآخرين ، وقد رأينا فى التضامن أنه ينقضى بقدر حصة من قام به سبب انقضاء الالتزام .

= تفصيلا ، فقد عرضت لعدم تجزئة الالتزام بالنسبة إلى ورثة المدين — وإن كان هذا غير دقيق وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية كما قدمنا — كما عرضت لتكييف دعوى رجوع المدين على سائر المدينين ، ولإمكان المدين أن يطلب مهلة لإدخال بقية المدينين فى الدعوى ، ولأثر قطع التقادم ووقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين . وهذا كله يمكن الأخذ به فى مصر دون حاجة إلى نص لأنه تطبيق للقواعد العامة . وعرض التقنين اللبنانى إلى حالة خاصة للالتزام غير القابل للتجزئة — إذا تركز عدم التجزئة فى أحد المدينين المتعددين بأن كان محل الالتزام تسليم شىء معين بالذات موجود فى حيازة هذا المدين أو بأن كان هذا المدين موكولا إليه وحده تنفيذ الالتزام — فعند ذلك يكون لهذا الالتزام بالنسبة إلى هذا المدين وحده أحكام الالتزام غير القابل للانقسام، فتجوز مطالبته وحده بالالتزام كله، وقطع التقادم بالنسبة إليه يعتبر قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الآخرين .

ثالثاً — ولما كان المدينون المتعددون فى الالتزام غير القابل للانقسام لا يربطهم بعضهم ببعض إلا أن المحل واحد غير قابل للتجزئة ، فهذه رابطة ترجع إلى طبيعة الأشياء ولا تقوم على أساس من النيابة التبادلية ، ومن ثم لا يترتب فى عدم القابلية للانقسام ماكان يترتب فى التضامن على النيابة التبادلية(١) .

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادىء الثلاثة .

٢١٦ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — مطالبة الدائن مطالبة أى مدين بالالتزام كله : يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بالالتزام غير القابل للانقسام ، فان محل هذا الالتزام واحد لا يتجزأ ، فأى مدين من المدينين المتعددين تعتبر ذمته مشغولة بالنسبة إلى الدائن بكل الالتزام(٢) .

---

(١) وقد تقدم أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت فى تقريرها أن الأحوط التحرز من بسط نطاق فكرة النيابة التبادلية على الالتزام غير القابل للانقسام (انظر آنفاً فقرة ٢١٤ فى الهامش) . وقد أحسنت اللجنة صنعاً فى ذلك ، فإن النص الذى كان مقترحاً عليها ورفضت الأخذ به كان يقضى بمد أحكام التضامن فيما يقوم على النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل للانقسام ، فكان هذا النص يدخل فكرة غريبة على التزام لا تتلاءم معها طبيعته . انظر مع ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، حيث ورد فيها ما يأتى : « وقد واجهت المادة ٤٢٥ حالة تعدد المدينين ، وفى هذه الحالة يلتزم كل مدين فى صلته بالدائن بالوفاء بكل الالتزام كما هو الشأن فى التضامن ، وتستبعد كذلك فكرة النيابة حيث يكون إعمالها ضاراً ، وتستبقى إذا كان فى ذلك نفع للمدينين : انظر المادة ٧٤ من التقنين اللبنانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤) . وهذه العبارة الأخيرة ، التى تشير إلى مد فكرة النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل للانقسام فيما ينفع ، ليست صحيحة كما رأينا . والمادة ٧٤ من التقنين اللبنانى ، إذا كانت تجعل قطع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين يقطع التقادم أو يقفه بالنسبة إلى الباقى ، فليس يرجع ذلك إلى قيام نيابة تبادلية . ولو كان الأمر كذلك ، لما انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى الباقى ، لأن النيابة التبادلية لا يجوز إعمالها فيما يضر كما مر . وإنما يرجع انقطاع التقادم ووقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين إلى أن طبيعة المحل ، من حيث عدم قابليته للتجزئة ، تقتضى هذا الحكم كما سيجىء (قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٨) .

(٢) انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٠١ مدنى . ويترتب على ذلك أنه إذا جمع شخصين التزام غير قابل للانقسام ، وكان أحدهما رشيداً والآخر قاصراً ، أمكن الدائن أن يلزم الرشيد منهما بتنفيذ الالتزام كله . فإذا لم يقم هذا المدين بالتنفيذ ، أمكن الدائن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم

وكذلك يجوز لأى مدين أن يفى بكل الالتزام للدائن ، ويجبر الدائن على قبول هذا الوفاء . ولا يستطيع أن يقتصر على قبول حصة المدين فى الالتزام إذا أراد هذا أن يفى بكل الالتزام . ومتى وفى المدين الالتزام كله للدائن ، برئت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن بهذا الوفاء .

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتعددين بكل الدين على الوجه الذى قدمناه ، كان لهذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين حتى يحكم عليهم جميعاً بالدين ، إذا كان الالتزام يمكن لأى مدين تنفيذه ، أو كان لا يمكن تنفيذه إلا بوساطتهم جميعاً . وحتى إذا كان المدين المطالب بالدين هو وحده الذى يمكن استيفاء الدين منه ، كان له أيضاً أن يدخل بقية المدينين فى الدعوى ، حتى يستصدر عليهم أحكاما برجوعه على كل منهم بحصته فى الدين(١) .

ولكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بكل الدين بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً ، كما فى التضامن . ولكن ، كما فى التضامن أيضاً ، لا يجوز له أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر غيره . فيجوز إذن للمدين أن يدفع بأنه كان ناقص الأهلية وقت عقد الدين ، أو أن إرادته قد شابها عيب من غلط أو تدليس أو إكراه ، وهذه أوجه دفع خاصة به . ويجوز له أيضاً أن يدفع بأن الدين قد انقضى بسبب

= عليه بالتعويض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٣٧) . وقضت محكمة النقض بأنه متى كان حكم التضامن وعدم التجزئة نافذاً على المدينين . فلا محل لأن يسائلوا نازع الملكية عن تنفيذ أجرى على أطيان أحدهم ، ما دامت هذه الأطيان داخلة فى الأطيان المرهونة التى تقرر عليها حق امتياز لنازع الملكية سابق فى المرتبة على من تنفذ عليها ، مما مقتضاه أن نازع الملكية حتى إذا سكت عن استعمال حقه عندما أجرى هذا التنفيذ ، فإن حقه فى اقتضاء دينه كاملا من مدينيه المتضامنين معاً يبقى قائماً ، وهؤلاء وشأنهم فى رجوعهم بعضهم على بعض (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٨ ص ٤٢٠) .

(١) انظر المادة ٧٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى . وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٤ — فقرة ١٣٢٨ — هذا وللمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمر بإدخال باقى المدينين فى الدعوى ، وتعين ميعاداً لحضورهم ، وتكلف من يقوم من الخصوم بإعلانهم (م ١٤٤ من تقنين المرافعات) . بل يجوز لباقى المدينين أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم فى الدعوى لرعاية حقوقهم (م ١٥٣ من تقنين المرافعات) . وقد قدمنا مثل ذلك فى حالة ما إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين (انظر آنفاً فقرة ١٨٤) .

من أسباب الانقضاء أو أنه باطل لسبب من أسباب البطلان ، أو أنه لم يحل أجله أو يتحقق شرطه ، وهذه أوجه دفع مشتركة بين المدينين . ولا يجوز للمدين أن يدفع بنقص أهلية أو غلط أو تدليس أو إكراه قام بمدين آخر غيره ، فان هذه أوجه دفع خاصة بغيره من المدينين .

وإذا مات أحد المدينين ، فان الدين لا ينقسم على ورثته كما كان في التضامن (١) ، ويكون كل وارث مسئولا عن الدين بأكمله . ولسنا في حاجة إلى هذا الحكم إذا طبقنا في الميراث أحكام الشريعة الإسلامية (٢) ، فان هذه الأحكام تجعل التركة لا الورثة مسئولة عن الديون ، فيصبح الدين غير قابل للتجزئة سواء كان في أصله قابلا أو غير قابل للانقسام (٣) .

هذا ويلاحظ أنه إذا استحال محل الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدى ، أصبح الالتزام قابلا للانقسام ، وينقسم فعلا على المدينين المتعددين ، فقد زالت العقبة التي كانت تحول دون انقسام الدين . أما في التضامن فيبقى الدين ، حتى لو استحال إلى تعويض نقدى ، غير منقسم ، وتجوز مطالبة أى مدين بكل التعويض . وإذا كان التعويض مقدراً في شرط جزائى ، فانه ينقسم كذلك في الالتزام غير القابل للانقسام على المدينين المتعددين كما ينقسم التعويض الذى يقدره القاضى ، إلا أنه إذا كان أحد المدينين هو الذى صدر منه خطأ في الإخلال بالالتزام كان مسئولا عن الشرط الجزائى بأجمعه ، أما الباقون فينقسم عليهم الشرط الجزائى (أنظر م ١٢٣٢ و١٢٣٣ مدنى فرنسى (٤)) .

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٤ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٨٠ ص ٩٩ .

(٢) وقد رأينا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص صريح يقضى بهذا الحكم ، فحذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو نص تمليه طبيعة الأشياء ويكفى فيه تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية (انظر آنفاً فقرة ٢١٤ في الهامش — ومع ذلك انظر آنفاً فقرة ١١٩ في الهامش) .

(٣) وحتى لو قسمت الديون المؤجلة على الورثة عند تصفية التركة وفقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدنى ، فإن الدين غير القابل للانقسام لا يقسم بين الورثة ، بل يوضع في نصيب أحد الورثة فيختص به وحده نظراً لطبيعته غير القابلة للانقسام (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٩ ص ٣١٠ هامش رقم ٢) .

(٤) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٨٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٣ .

٢١٧ - انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء : ولما كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة كما قدمنا ، فان انقضاء الالتزام بأى سبب آخر غير الوفاء ، ولو بالنسبة إلى أحد المدينين ، يجعله منقضياً بالنسبة إلى المدينين الآخرين .

فاذا قام أحد المدينين بقضاء الالتزام عن طريق التجديد ، انقضى الالتزام بالنسبة إليه وبالنسبة إلى المدينين الآخرين .

وإذا وقعت مقاصة بين الدائن وأحد الدائنين ، فانقضى الالتزام بالمقاصة بالنسبة إلى هذا المدين ، انقضى أيضاً بالنسبة إلى باقى المدينين . ويستطيع أى من هؤلاء أن يدفع مطالبة الدائن له بالمقاصة التى وقعت مع المدين الأول ، وذلك فى كل الدين ، لا بمقدار حصة المدين الأول فقط كما هو الحكم فى التضامن .

وإذا اتحدت ذمة الدائن بذمة أحد المدينين ، انقضى الدين كله ، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع المدينين . وكان هؤلاء ، فى التضامن ، لا يحتجون باتحاد الذمة إلا بمقدار حصة من اتحدت ذمته فقط .

وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الالتزام غير قابل للانقسام ، برئت ذمة المدينين الآخرين ، لأن طبيعة الالتزام لا تحتمل أن تبرأ منه ذمة مدين دون ذمة مدين آخر ما دام الالتزام غير قابل للتجزئة .

وكذلك إذا تقادم الدين غير المتجزىء بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين ، تقادم أيضا بالنسبة إلى المدينين الآخرين . أما فى التضامن فان كلا من المدينين المتضامنين لا يحتج بالتقادم الحاصل لغيره ، إلا بمقدار حصة هذا المدين فقط(١) .

---

(١) قارن فى كل من المقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦١ - ص ٢٦٤ .

٢١٨ – عدم قيام نيابة تبادلية بين المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام : ولما كانت الرابطة التى تربط ما بين المدينين المتعددين فى التزام غير قابل للانقسام هى وحدة المحل غير القابل للتجزئة ، فليس يقوم بينهم ، كما يقوم فى التضامن ، نيابة تبادلية ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع . ويترتب على ذلك ما يأتى :

(١) انقطاع التقادم أو وقفه : إذا انقطع التقادم أو ووقف بالنسبة إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى المدينين الآخرين (١). أما فى التضامن ، فلا ينقطع التقادم أو يقف كما قدمنا ، لانعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما يضر .

(٢) خطأ أحد المدينين : وخطأ أحد المدينين المتعددين فى التزام غير قابل للانقسام لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين ، بل يقتصر على المدين الذى ارتكب الخطأ فهو وحده يكون مسئولا عنه . وهذا الحكم إنما يترتب على أن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يتعدى أثر الخطأ الصادر من أحد المدينين إلى المدينين الآخرين(٢) . وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن ، إلا أنه

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٩ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٩ ص ٦٤٨ – دى باج ٣ فقرة ٣٥٦ ص ٢٩٤ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥ (وقارن بالنسبة إلى وقف التقادم ص ٢٦٥) — قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٣٠٧ هامش رقم ١ .

هذا وحتى لو قلنا بأن وقف التقادم يقتصر أثره على من قام به من المدينين سبب الوقف ، فلا مناص مع ذلك من القول بأن الدائن يرجع بكل الدين على من وقف التقادم بالنسبة إليه فلم ينقض دينه ، وهذا المدين يرجع على المدينين الآخرين الذين اكتمل التقادم بالنسبة إليهم كل بمقدار حصته (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٥) . فلا تبرأ إذن ذمة هؤلاء المدينين الآخرين — [illegible] المدينين بعضهم على بعض — باستكمالهم للتقادم ، مادام التقادم قد وقف بالنسبة إلى واحد منهم .

(٢) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٥ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٧ — ص ٢٦٨ .

يقوم هناك على أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين لا أثر لها فيما يضر المدينين ، كما تقدم القول .

(٣) الإعذار والمطالبة القضائية : وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فان هذا الإعذار لا يسرى فى حق المدينين الآخرين ولا يعتبرون معذرين ، إذ لا توجد نيابة تبادلية فيما بينهم ولا تقتضى طبيعة المحل غير القابل للتجزئة أن يكون إعذار أحد المدينين إعذاراً للباقين (١) و إذا أعذر أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام الدائن . لم يفد هذا الإعذار المدينين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية حتى فيما ينفع ، ولعدم اقتضاء طبيعة المحل غير القابل للتجزئة هذا الحكم (٢) وقد رأينا فى للتضامن أن أعذار الدائن لأحد للمدينين المتضامنين لا يكون أعذارا للباقين لعدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر ، ورأينا أن إعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن يفيد المدينين الآخرين لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

ومطالبة الدائن لأحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام مطالبة قضائية لاتضر المدينين الآخرين ولا تجعل الفوائد تسرى عليهم(٣)، لانعدام النيابة التبادلية ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لاتقتضى هذا الحكم(٤). وقد رأينا فى التضامن كذلك أن مطالبة أحد المدينين المتضامنين لاتضر بالباقين ، ولكن يرجع السبب فى هذا إلى أن النيابة التبادلية فى التضامن لا تقوم فيما يضر .

(٤) الصلح : وإذا صالح أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام الدائن ، فان كان فى الصلح إبراء من الدين ، أفاد منه المدينون الآخرون .

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٥ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة إلى المدينين جميعاً ، فقد قدمنا أن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام يعتبر قطعاً للتقادم أيضاً بالنسبة إلى باقى المدينين .

(٤) ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٠٨ — ٦٠٩ — لوران ١٧ فقرة ٣٩١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٧ ص ٤٦٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ — ص ٤٧٨ — انظر عكس ذلك كوليه دى سانتير ٥ فقرة ١٠٦ مكررة ١ — الموجز للمؤلف فقرة ٥١٢ ص ٥٢٥ .

ولكن ليس ذلك لأن هناك نيابة تبادلية فيما ينفع كما هو الأمر فى التضامن ، بل لأن الإبراء من الدين وهو غير قابل للتجزئة يتضمن إبراء ذمة المدينين الآخرين(١).

وإذا كان الصلح يتضمن زيادة الالتزام أو تسوئة مركز المدين ، لم يتعد أثره إلى المدينين الآخرين إلا إذا قبلوه ، لأن الصلح عقد يقتصر أثره على المتعاقدين ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يتعدى أثر الصلح إلى المدينين الآخرين . وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن ، ولكنه مبنى على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما قدمنا(٢).

(٥) الإقرار : وإذا أقر أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، فان إقراره لايتعدى أثره إلى المدينين الآخرين ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقضى أن يسرى الإقرار فى حق المدينين الآخرين . وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن ، ولكنه مبنى على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما رأينا .

وإذا أقر الدائن لأحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، فان كان الإقرار غير متعلق بأمر خاص بهذا المدين بل يتناول الدين ذاته ، فانه يسرى فى حق المدينين الآخرين ، وذلك لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك(٣). وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن ، ولكنه مبنى على قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع .

(٦) اليمين : وإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام فحلفها ، وكان اليمين يتعلق بالدين ذاته ، فان المدينين الآخرين يفيدون من ذلك ، ولكن ليس للسبب الذى ذكرناه فى التضامن من أن هناك نيابة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع ، ولكن لأن طبيعة المحل غير القابل

---

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .
(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .
(٣) قارب استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٢٨ .

للتجزئة تقتضى هـذا الحكم . و إذا نـكل المدين ، فان نـكوله يكون إقراراً ، وقد قدمنا أن الإقرار لايتعدى أثره إلى المدينين الآخرين(١).

و إذا وجه أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام اليمين إلى الدائن فحلف ، فان توجيه اليمين لا يضر بالمدينين الآخرين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يضر توجيه اليمين بالمدينين الآخرين ، وقد رأينا أن السبب فى التضامن يرجع إلى عدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر . و إذا نكل الدائن ، انتفع بنكوله المدينون الآخرون ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك ، لا لقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما هو الأمر فى التضامن(٢).

(٧) الحكم : و إذا صدر حكم على أحـد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، وكان الحكم مبنياً على أسباب ترجع إلى الدين ذاته ، فان أثر الحكم يسرى فى حق المدينين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك . وقد رأينا فى التضامن أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يحتج بهذا الحكم على الباقين ، وذلك راجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر . هذا و إذا كان الحكم على المدين فى الالتزام غير القابل للانقسام مبنياً على أسباب خاصة بهذا المدين ، فان أثر الحكم لا يسرى فى حق الباقين ، إذ لا تقضى طبيعة المحل سريانه فى حقهم(٣) .

و إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، أمكن الباقين أن يحتجوا به ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو أيضاً شأن التضامن ، ولكن ذلك يرجع إلى قيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما سبق القول(٤) .

---

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٨ – بيدان ولاجارد ٨ ص ٨٧٨.

(٤) ورفع الاستئناف على أحد المدينين فى دين غير قابل للانقسام فى الميعاد يجيز إدخال المدينين الآخرين فى هذا الاستئناف ولو بعد الميعاد : استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٤٦ — ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٨ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضوع دعوى استرداد الحصة المبيعة مما =

المطلب الثانى

علاقة المدينين بعضهم ببعض

٢١٩ – انقسام الدين على المدينين : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدنى تقضى بأن « للمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك » . ولما كان الدين الذى وفاه أحد المدينين للدائن غير قابل للانقسام فرضاً ، فان رجوع المدين على المدينين الآخرين كل بقدر حصته لا يكون بنفس الدين ، فانه غير قابل للانقسام، ولكن بدين شخصى مصدره الوكالة أو الفضالة كما قدمنا فى التضامن . وحتى إذا رجع المدين بنفس الدين بمقتضى دعوى الحلول ، فان الدين فى علاقة المدينين بعضهم ببعض يصبح قابلا للانقسام، فان استعصت طبيعته على التجزئة كان رجوع المدين بحصة فى قيمة الدين لا بحصة فى عينه .

٢٢٠ – تعيين حصة كل مدين : ويتبع فى تعيين حصة كل مدين، فى رجوع المدين الذى وفى الدين على باقى المدينين ، القواعد الذى قدمناها فى التضامن . فالأصل أن حصص المدينين جميعاً متساوية ، ما لم يوجد هناك اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

= لايقبل التجزئة، فإن إعلان الاستئناف الموجه من المسترد إلى البائع بعد الميعاد يكون صحيحاً متى كان المشترى قد أعلن به فى الميعاد (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ — ولم تأخذ المحكمة بهذا المبدأ فى دعوى الشفعة ، لأن القانون نص فى الشفعة على وجوب رفع الدعوى على الخصوم جميعاً فى ميعاد معين ، واستئناف الحكم فيها على جميع الخصوم كذلك فى ميعاد معين : تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى مجموعة عمر ٥ ص ٢٤ فى الهامش) . ورفع أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام طعناً فى الحكم يفيد الباقين، كما أن الحكم لأحد المدينين يفيد سائرهم : استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٢ – ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ — ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٤ – ٥ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٣ – ١٣ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٩ — ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٨٥ — ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٨ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ .

وقد يتبين من الظروف — كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدنى — أن أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فيتحمله وحده . فان كان هو الذى رجع عليه الدائن بكل الدين ، فلا رجوع له على أحد من المدينين الآخرين . وإن كان الدائن قد رجع على غيره ، فان هذا المدين الأخير الذى وفى الدين يرجع به كله على الدائن صاحب المصلحة فيه دون أن يرجع بشيء على الباقين . وقد تقدم تفصيل ذلك فى التضامن .

٢٢١ — اعسار أحد المدينين : كذلك إذا أعسر أحد المدينين فى دين غير قابل للانقسام ، فان المدينين الباقين يتحمل كل منهم نصيباً فى هذا الإعسار بنسبة حصته فى الدين ، كما رأينا فى التضامن .

فاذا كان محل الالتزام فرساً مثلا ، وأداه للدائن أحد المدينين ، فانه يرجع على كل مدين آخر بحصته فى قيمة الفرس . فاذا كانت قيمته ستين ، وكان المدينون أربعة حصصهم متساوية ، وأدى الفرس للدائن أحد هؤلاء الأربعة ، فانه يرجع على كل من المدينين الثلاثة الآخرين بخمسة عشر مقدار حصته فى الدين . فاذا كان أحد الثلاثة معسراً ، تحمل سائر المدينين هذا الإعسار كل بنسبة حصته . فيرجع المدين الذى أدى الفرس للدائن على كل من المدينين الاثنين غير المعسرين بعشرين ، ويتحمل هو العشرين الباقية مثلهما ؛ ويكون الثلاثة قد اشتركوا فى تحمل حصة المعسر بقدر متساو(١).

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد رجوع المدين الذى وفى الدين على بقية المدينين : « أما بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم ، فينقسم الالتزام ، وفقاً للقواعد التى تقدم ذكرها بصدد التضامن ، ويشتركون جميعاً فى تحمل تبعة إعسار من يعسر من بينهم . وللمدين ، إذا طولب بالالتزام بأسره أمام القضاء ، أن يطلب أجلا لاختصام سائر المدينين ، لا ليدرأ عن نفسه تبعة الوفاء بالالتزام كاملا ، بل ليحصل على حكم بشأن حقه فى الرجوع على هؤلاء المدينين ، ولو كان الدين بطبيعته لا يتيسر الوفاء به إلا من هذا المدين : انظر المادة ١٢٢٥ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٦٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويكون الرجوع فى هذه الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول ، كما هو الشأن فى التضامن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤) .

المبحث الثانى

تعدد الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام

٢٢٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام ، أوتعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا . فاذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشىء محل الالتزام » .

« ٢ – ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته »(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٠٢ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٩ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٨ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٢(٢) .

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٤ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٦ — ص ١٠٨)

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣٠٢ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٩ (مطابقة) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٨ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٢ : إذا تعدد الدائنون فى موجب غير قابل للتجزئة ولا تضامن بينهم ، فالمديون لا يمكنه أن يدفع إلا لجميع الدائنين معاً ، وكل دائن منهم لا يمكنه أن يطلب التنفيذ إلا باسم الجميع وبتفويض منهم . على إنه يجوز لكل دائن أن يطلب لحساب —

ونبحث هنا أيضا، كما بحثنا فى التضامن بين الدائنين ، علاقة الدائنين بالمدين ثم علاقة الدائنين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

علاقة الدائنين بالمدين

٢٢٣ – المبادىء الاساسية : فى علاقة الدائنين بالمدين يراعى ، هنا أيضاً ، أن الالتزام غير القابل للانقسام له محل واحد لا يتجزأ . ويترتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتى :

أولا – يستطيع أى دائن أن يطالب المدين بكل الدين ، فانه دين غير قابل للتجزئة . فاذا عارض أحد الدائنين ، وجب على المدين إما الوفاء للكل مجتمعين أو إيداع الشىء محل الالتزام على ذمة الدائنين .

ثانياً – إذا انقضى الالتزام بالنسبة إلى أحد الدائنين بسبب آخر غير الوفاء، فنظراً لوحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة كان ينبغى أن ينقضى الالتزام أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولكن لما كان للدائنين أن يعارضوا فى استيفاء أحدهم للدين كله ، فسنرى أنه لا يحتج عليهم بسبب الانقضاء إلا بمقدار حصة من قام به هذا السبب على تفصيل سنورده فيما يلى .

ثالثاً – لا تقوم بين الدائنين المتعددين فى الالتزام غير القابل للانقسام نيابة تبادلية ، كما تقوم هذه النيابة بين الدائنين المتضامنين . وإنما الذى يربط الدائنين

= الجميع إيداع الشىء الواجب أو تسليمه إلى حارس تعينه المحكمة إذا كان ذلك الشىء غير قابل للايداع .

ويختلف التقنين اللبنانى عن التقنين المصرى فى أن الأصل فى التقنين اللبنانى أن أحداً من الدائنين لا يستطيع أن يستقل باستيفاء كل الدين ، بل يجب أن يفوضه باقى الدائنين فى ذلك ، وكل ما يستطيعه وحده هو أن يطالب بإيداع الشىء أو بتسليمه إلى حارس . أما فى التقنين المصرى فيجوز لأى دائن ، ما لم يعترض عليه دائن آخر ، أن يستقل باستيفاء الدين كله .

بعضهم ببعض هى وحدة محل الالتزام غير القابل للتجزئة . فهذا الاعتبار — لا النيابة التبادلية — هو الذى نقف عنده .

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادىء الثلاثة .

٢٢٤ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — اصطلاح أى دائن مطالبة المدين بالالتزام كله : يجوز لأى دائن من الدائنين المتعددين فى دين غير قابل للانقسام أن يطالب المدين بالدين كاملا ، فان الالتزام محله واحد لايتجزأ ، فيعتبر المدين قد انشغلت ذمته به كله نحو أى دائن (م ١/٣٠٢ مدنى). ويستطيع المدين أن يفى بالدين كله لأى دائن من الدائنين المتعددين . ومتى وفى المدين الدين كله لأحد الدائنين ، فان ذمته تبرأ من الدين نحو الباقين .

ولكن يلاحظ هنا — كما هى الحال فى التضامن الإيجابى — أنه يجوز لأى دائن أن يعترض على أن يوفى المدين بكل الدين لدائن آخر . وتتبع فى شكل الاعتراض وحكمه القواعد التى أسلفناها فى التضامن الإيجابى . ومتى وقع الاعتراض صحيحاً ، فانه يتعين على المدين ، إذا أراد أن يكون الوفاء مبرئاً لذمته نحو كل الدائنين ، أن يفى بالدين للكل مجتمعين . فان تعذر عليه ذلك ، وجب أن يودع الشىء محل الالتزام على ذمتهم جميعاً ، وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً .

وإذا مات أحد الدائنين المتعددين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فان كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق ، انقسم الدين على ورثة هذا الدائن ، لأن عدم القابلية للانقسام إنما تقررت اتفاقاً لمصلحة الدائن ، وقد زالت هذه المصلحة بموته فأصبح من مصلحة ورثته أن ينقسم الدين عليهم(١). أما إذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل ، فالدين بطبيعته يستعصى على أن ينقسم على الورثة ، فيبقى غير قابل للانقسام بالنسبة إلى ورثة كل دائن كما هو غير قابل للانقسام بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . وقد نص التقنين المدنى

---

(١) انظر فى هذا المعنى : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص٤٧٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٣ — جوسران ٢ فقرة ٨٠٠ .

صراحة على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة الدائن إذا تعدد الدائنون ، وأغفل النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة المدين إذا تعدد المدينون . والسبب فى ذلك أن قواعد الشريعة الإسلامية فى الميراث تغنى عن النص فى الحالة الأخيرة كما قدمنا ، فان تركة المدين تكون هى المسئولة عن التزامه ، فيبقى الالتزام غير قابل للانقسام حتى لو تعددت ورثة المدين . أما فى الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد الدائنون ، فقواعد الشريعة الإسلامية فى الميراث لا تغنى عن النص ، فان هذه القواعد لا تمنع من انقسام حقوق التركة على الورثة . فاذا مات الدائن وترك ورثة متعددين ، فان الالتزام الذى له كان من الممكن أن ينقسم على ورثته ، لولا عدم قابليته للانقسام بطبيعته . فطبيعة الالتزام هى التى منعت من انقسامه وليست قواعد الميراث ، ومن هنا وجد النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى الورثة فى حالة تعدد الدائنين . ولم يوجد فى حالة تعدد المدينين .

ويلاحظ أن الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته قد يوجد منذ البداية وله دائنون متعددون ، وهذا ما افترضناه حتى الآن . فاذا مات أحد هؤلاء الدائنين وترك ورثة متعددين ، بقى الالتزام غير قابل للانقسام لا بالنسبة إلى كل من الدائنين الأصليين فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى كل وارث من ورثة الدائن الذى مات . وقد يكون الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته له دائن واحد فى بداية الأمر ، فلا تظهر أهمية عدم القابلية للانقسام ما دام هذا الدائن حيا ، فان الالتزام حتى لو كان قابلا للانقسام يكون تنفيذه غير قابل للانقسام ما دام كل من الدائن والمدين واحداً كما مر القول . لكن إذا مات هذا الدائن الواحد وترك ورثة متعددين ، ظهرت الأهمية لعدم القابلية للانقسام ، إذ لا ينقسم الالتزام على ورثة الدائن ، بل يستطيع كل وارث أن يطالب المدين بالالتزام كله . كما يستطيع المدين أن يوفيه كله لأى وارث .

وإذا طالب أى دائن المدين فى دين غير قابل للانقسام بكل الدين ، فان المدين يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، وكذلك بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن الذى يطالبه ، ولا يستطيع أن يدفع بأوجه الدفع

الخاصة بدائن آخر ، وذلك على الوجه الذى قدمناه فى التضامن الإيجابى (١) .

وإذا استحال الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدى ، زالت العقبة التى كانت تحول دون انقسامه ، فينقسم فى هذه الحالة على الدائنين المتعددين كما هى الحال فى الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد المدينون فيما قدمنا ، وخلافاً لما هى الحال فى التضامن الإيجابى فان التعويض النقدى لاينقسم على الدائنين المتضامنين .

٣٢٥ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء :

لو كان لأى دائن فى الالتزام غير القابل للانقسام أن يطالب باستيفاء الدين كاملا رغم معارضة أى دائن آخر ، لوجب القول هنا — كما قلنا فى الالتزام غير القابل للانقسام عند تعدد المدينين — أن انقضاء الدين بسبب غير الوفاء ولو بالنسبة إلى أحد الدائنين ، يجعله منقضياً بالنسبة إلى الباقى . ولكننا رأينا أنه لا يجوز لأى دائن أن يطالب باستيفاء الدين كاملا ، إذا عارض فى ذلك دائن آخر . ومن ثم إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة إلى أحد الدائنين ، فان هذا السبب لا يحتج به على الدائنين الآخرين إذا عارضوا فيه ، إلا بقدر حصة هذا الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . فاذا جدد أحد الدائنين الدين ، أو اتحدت ذمته مع المدين ، أو وقعت معه مقاصة ، أو صدر منه إبراء ، أو اكتمل التقادم بالنسبة إليه ، فان شيئاً من هذا لا يحتج به على الدائنين الآخرين . وليس للمدين أن يتمسك ضد هؤلاء الدائنين بالتجديد أو باتحاد الذمة أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم ، إلا بقدر حصة الدائن الذى قام به هذا السبب . ولكن لما كان المدين لا يستطيع إلا أن يفى بالدين كله ، إذ الدين غير قابل للتجزئة ، فهو إذا طالبه دائن آخر ، لا يجد بداً من أن يؤدى له الدين كله ، على أن يرجع عليه بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء (٢) . ثم يرجع

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٣٦ .

(٢) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ٢٣١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٨٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٢ — دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ — بولانجيه فى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ indivisibilité فقرة ٢٧ — وانظر الفقرة الثانية من المادة ١٢٢٤ من التقنين المدنى الفرنسى .

المدين ، بعد ذلك ، على الدائن الذى قام به سبب الانقضاء بما حصل عليه هذا زيادة على حصته .

٢٢٦ - عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام :فى الدين غير القابل للانقسام لا يربط الدائنين إذا تعددوا – كما لا يربط المدينين إذا تعددوا – نيابة تبادلية ، ولا يرتبطون إلا بوضع طبيعى هو عدم قابلية الدين للانقسام . ويترتب على ذلك نتائج مشابهة لتلك التى رتبناها على عدم قابلية الانقسام عند تعدد المدينين ، ونوجزها فيما يلى :

(١) انقطاع التقادم أو وقفه : إذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين ، أو وقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، انتفع بذلك سائر الدائنين ، واعتبر التقادم مقطوعاً أو موقوفاً بالنسبة إليهم(١). وهذا هو أيضاً الحكم فى التضامن الإيجابى فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، إلا أن علة هذا الحكم فى عدم القابلية للانقسام هى طبيعة الأشياء ، لأن الالتزام غير القابل للانقسام لا يتصور أن ينقطع التقادم فيه أو يقف بالنسبة إلى دائن دون آخر. وأما علة الحكم فى التضامن الإيجابى ، فقيام النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع .

(٢) خطأ أحد الدائنين : وإذا ارتكب أحد الدائنين خطأ استوجب مسئوليته ، فان أثر هذا الخطأ لا يتعدى إلى غيره من الدائنين ، ذلك لأن طبيعة

= وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧ — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٠ — ص ٢٧٢ — وقارن : استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦

(١) لارومبيير ٣ م ١٢٢٥ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٢٤ — لوران ١٧ فقرة ٣٩٦ — هيك ٧ فقرة ٣٦٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٨٠ — دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ — قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٨ ٣ هامش رقم ٢ .

وإذا نزل المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، انتفع الباقى بذلك (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣) .

المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يتعدى أثر الخطأ إلى دائن آخر . وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى، ويرجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر.

(٣) الإعذار والمطالبة القضائية : وإذا أعذر أحد الدائنين المدين ، لم يكن المدين معذراً بالنسبة إلى الدائنين الآخرين ، لأن عدم القابلية للانقسام لا تقتضى ذلك حتما (١) . أما فى التضامن الإيجابى ، فقد رأينا أن إعذار أحد الدائنين للمدين يجعل المدين معذراً بالنسبة إلى الباقين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع . وإعذار المدين لأحد الدائنين المتعددين فى دين غير قابل للانقسام لا يسرى أثره فى حق الدائنين الآخرين ، لأن هذا السريان لا يقتضيه حتما طبيعة المحل غير القابل التجزئة . وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى لسبب آخر ، هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا طالب أحد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام المدين مطالبة قضائية ، فان هذه المطالبة لا يسرى أثرها فى حق الدائنين الآخرين(٢) . لأن مد هذا الأثر إلى هؤلاء لا تقتضيه حتما طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . والحكم عكس ذلك فى التضامن الإيجابى ، فمطالبة أحد الدائنين للمدين يسرى أثرها بالنسبة إلى باقى الدائنين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

(٤) الصلح : وإذا صالح المدين أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام ، وتضمن الصلح إضراراً بحقوق الدائنين الآخرين ، لم يسر عليهم الصلح ، لأن هذا السريان لا تقضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولأن الصلح عقد يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه . وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا تضمن الصلح فائدة للدائنين الآخرين فى دين غير قابل للانقسام ، لم ينتفعوا بذلك لأنهم لم يكونوا أطرافاً فى هذا الصلح ، إلا إذا كان الدائن الذى

---

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .

(٢) وإن كانت تقطع التقادم لمصلحة الدائنين جميعاً ، فقد قدمنا أنه إذا قطع أحد الدائنين التقادم انتفع بذلك سائر الدائنين .

عقد الصلح قد اشترط لمصلحتهم فتطبق قواعد الاشتراط لمصلحة الغير . أما فى التضامن الإيجابى فالدائنون الآخرون يفيدون من الصلح، على أساس قيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

(٥) الإقرار : وإذا أقر أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام ، فان إقراره لايتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، إذ أن هذا التعدى لاتقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر . وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى ، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام ، وكان الإقرار يتناول الدين ذاته ، فان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى أن يتعدى أثر الإقرار إلى سائر الدائنين فينتفعوا به(١) . وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى ، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

(٦) اليمين : وإذا وجه أحد الدائنين فى دين غير قابل الانقسام اليمين للمدين فحلفها ، لم يتعد أثر ذلك إلى سائر الدائنين، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لاتقتضيه . وهذا هو الحكم أيضاً فى التضامن الإيجابى ، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر . أما إذا نكل المدين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فان نكوله يكون بمثابة إقرار . فان كان متعلقاً بالدين ذاته تعدى أثره إلى سائر الدائنين، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك(٢) . والنكول فى التضامن الإيجابى يفيد سائر المدينين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

وإذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام فحلفها، وكانت الواقعة متعلقة بالدين ذاته، فان الحلف يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن هذا هو ماتقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو أيضاً الحكم فى التضامن الإيجابى ، ولكن لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع . أما إذا نكل الدائن

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المدين المحكوم عليه لصالح دائنين متعددين فى دين غير قابل للانقسام قد أقر لمصلحة أحد هؤلاء الدائنين ، لم يجز له أن يستأنف الحكم بالنسبة إلى الباقى (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٢٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢١٢ .

فى دين غير قابل للانقسام ، فان نكوله يكون بمثابة إقرار لايتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لاتقتضيه ، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر(١) . وهذا هو أيضاً الحكم فى التضامن الإيجابى ، ولكن لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

(٧) الحكم : وإذا صدر حكم على أحد الدائنين فى دين غيرقابل للانقسام: فان هذا الحكم يحتج به فى حق الدائنين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك(٢) . أما فى التضامن الإيجابى ، فان هذا الحكم لايسرى فى حق الدائنين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا كان الحكم الذى صدر هو لصالح أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام ، فان سائر المدينين يفيدون منه ، لأن هذا هو ماتقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه(٣) . وهذا هو أيضاً شأن التضامن الإيجابى ، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع(٤) .

المطلب الثانى

علاقة الدائنين بعضهم ببعض

٢٢٧ — انقسام الدين على الدائنين : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ مدنى تقضى بأن يرجع الدائنون ، كل بقدر حصته ، على الدائن الذى استوفى الالتزام . والرجوع هنا — كالرجوع فى التضامن وكالرجوع فى عدم

---

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٤ .

(٤) ورفع أحد الدائنين فى دين غير قابل للانقسام استئنافاً فى الميعاد يفيد سائر الدائنين ، فيستطيعون الانضمام إليه ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف بالنسبة إليهم ، بل ولو بعد رضائهم بالحكم الابتدائى (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ — دى باج ٣ فقرة ٣٠٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٣٥) .

القابلية للانقسام عند تعدد المدينين – يكون إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وإذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل فان الدين ينقسم حصصاً بين الدائنين لا فى عينه بل فى قيمته .

٢٢٨ — تعيين حصة كل دائن : وتتعين حصة كل دائن وفقاً للقواعد التى أسلفناها فى التضامن وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين . فالأصل هو تساوى الحصص بين الدائنين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

وقد يكون أحد الدائنين هو صاحب المصلحة وحده فى الدين ، ويكون الباقون وكلاء عنه فى القبض . فعند ذلك يستقل هذا الدائن بكل الدين فى علاقته بالدائنين الآخرين . فان كان هو الذى استوفى الدين كله ، فلا يرجع عليه بشىء أحد من الدائنين الآخرين . وان كان غيره هو الذى استوفى الدين ، رجع هو عليه بالدين كله دون أن يشاركه فى الرجوع أحد من الدائنين الآخرين .

٢٩٩ — اعسار أحد الدائنين أو اعسار المدين : وإذا استوفى أحد الدائنين الدين كله ، ثم أعسر إعساراً جزئياً . فان هذا الأعسار يتحمله باقى الدائنين ، كما هو الأمر فى التضامن الإيجابى فيما مر . فاذا كان الدين أربعمائة بين أربعة من الدائنين بحصص متساوية ، واستوفاه أحدهم ثم أعسر بحيث لا يستطيع أن يؤدى إلا نصف ديونه ، فان كلا من الدائنين الثلاثة الآخرين يرجع على المدين المعسر بنصف حصته أى بخمسين(١) .

وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ، ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين إلا أن يستوفى منه نصف الدين وهو مائتان ، فلا يكون لكل من الدائنين الثلاثة الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن إلا بنصف حصتهم أى بخمسين .

---

(١) وبديهى أن الاعسار إذا كان كلياً ، لم يستطع الدائنون الآخرون الرجوع بشىء على المدين المعسر . .

وهذا هو نفس الحكم الذى أوردناه فى التضامن الإيجابى(١).

• • •

مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام

٢٣٠ — الموافقات والمفارقات : نوجز هنا ، بعد أن فرغنا من الكلام فى التضامن وعدم القابلية للانقسام ، وجوه الموافقات ووجوه المفارقات ما بين هذين النظامين .

٢٣١ — وجوه الموافقات : (١) فى كل من النظامين تجوز مطالبة الدائن لأى مدين بكل الدين ، أو مطالبة أى دائن للمدين بكل الدين . كذلك يجوز أن يفى أى مدين بكل الدين للدائن ، أو أن يفى المدين بالدين لأى دائن .

(٢) فى كل من النظامين ، بعد الوفاء بالدين ، يرجع المدين الذى وفاه على باقى المدينين ، أو يرجع الدائنون الذين لم يستوفوا الدين على الدائن الذى استوفاه ، كل بقدر حصته فى الدين ، ويكون الرجوع فى جميع الأحوال بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وتتعين حصة كل على أساس التساوى ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، أو ما لم يكن أحدهم هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . و إذا أعسر أحد منهم ، تحمل كل من الباقين نصيبه فى حصة المعسر بنسبة حصته فى الدين .

٢٣٢ — وجوه المفارقات : (١) التضامن الإيجابى مصدره الاتفاق ، والتضامن السلبى مصدره الاتفاق أو القانون . أما عدم القابلية للانقسام فمصدره طبيعة المحل أو الاتفاق .

(٢) فى التضامن ، إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء ، فان كلا من

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٩ .

المدينين الآخرين أو الدائنين الآخرين لا يستفيد أو يضار من انقضاء الدين إلا بقدر حصة المدين أو الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . أما فى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين ، فان كلا من المدينين الآخرين يستفيد من انقضاء الدين بمقدار الدين كله . وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين، لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة إلى أى من الدائنين الآخرين، ولكنه يرجع على الدائن الذى يطالبه بوفاء الدين بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء .

(٣) النيابة التبادلية فى التضامن قائمة فيما ينفع لا فيما يضر ، وهى غير قائمة أصلا — لا فيما يضر ولا فيما ينفع — فى عدم القابلية للانقسام .

(٤) فى التضامن ينقسم الالتزام على الورثة ، ولا ينقسم فى عدم القابلية للانقسام .

(٥) فى التضامن ، إذا استحال الالتزام إلى تعويض نقدى ، بقى غير منقسم على المدينين المتضامنين أو على الدائنين المتضامنين . أما فى عدم القابلية للانقسام ، فانه ينقسم على المدينين أو على الدائنين(١).

---

(١) وفى الفرقين الأخيرين تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ومهما يكن من أمر ما بين عدم القابلية للانقسام (السلبى) والتضامن (السلبى) من أوجه الشبه ، فثمة فارقان يتمثل فيهما اختلاف هذين الوضعين : (ا) فيراعى من ناحية أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أقوى إلزاماً من التضامن ، باعتبار أن الالتزام الذى لا يقبل القسمة لا ينقسم بين ورثة المدين ولهذه العلة يجرى المتعاملون على اشتراط التزام المدينين التزاماً تضامنياً غير قابل للانقسام ، اتقاء لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الأمر على النص على التضامن فحسب . ولا يعرض مثل هذا الفرض فى الشريعة الإسلامية ، لأن الدين لا ينتقل من طريق الميراث ، فيكون بهذه المثابة غير قابل للانقسام ، ويستأدى بجملته من التركة . (ب) ويراعى من ناحية أخرى أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أضعف إلزاماً عند قيامها على طبيعة المحل ، فهى تظل قائمة ما دام هذا المحل عصياً على التجزئة بطبيعه ، ولكن إذا اتفق أن استحال الالتزام إلى تعويض مالى ، زالت عدم قابلية الانقسام وانقسم مبلغ التعويض . أما المدينون المتضامنون فيظل كل منهم ، على نقيض ذلك ، ملزماً قبل الدائن بالدين بأسره ، ولو استحال الدين إلى تعويض مالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٥) .

وتضيف المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فرقا غير الفروق المتقدمة فيما يأتى : « ويتمثل اختلاف عدم القابلية للانقسام (الإيجابى) عن التضامن (الإيجابى) فى هذا الفرض فى الفارقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (ا) فلكل وارث من ورثة الدائن أن يطالب بالدين بأسره ، ويسرى هذا الحكم فى الشريعة الإسلامية حيث ينتقل الحق من طريق =

مقابلة ما بين الدين المشترك
وعدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين

٢٣٣ — من حيث المصدر : يتفق الدين المشترك والالتزام غير القابل للانقسام فى أن مصدر كل منهما هو الاتفاق أو طبيعة الأشياء . ولكن الاتفاق فى الدين المشترك إنما يقع على وحدة الصفقة واشتراك الدين ، أما الاتفاق فى الالتزام غير القابل للانقسام فيقع على عدم قابلية الدين للتجزئة لا على مجرد أن يكون ديناً مشتركا بين الدائنين . وكذلك طبيعة الأشياء فى الدين المشترك إنما ترجع إلى سبق الاشتراك فى المال الذى نشأ عنه الدين ، ولا ترجع إلى عدم قابلية الدين للتجزئة ، فان الدين المشترك على العكس من ذلك يكون فى طبيعته قابلا للتجزئة . أما طبيعة الأشياء فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فيرجع إلى عدم قابلية الالتزام فى طبيعته للتجزئة .

٢٣٤ — من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بالمدين : فى الدين المشترك لا يطالب أى من الدائنين المدين إلا بحصته فى الدين . ولا تقوم بين الدائنين نيابة تبادلية .

أما فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فيجوز لأى من الدائنين أن يطالب المدين بكل الدين لأنه غير قابل للتجزئة ، وذلك ما لم يمانع الدائنون الآخرون فيجب عندئذ الوفاء لهم مجتمعين أو إيداع الشيء محل الدين لذمتهم جميعاً . ولكن يستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام فى عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين .

٢٣٥ — من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض : فى الدين المشترك ، لكل دائن أن يرجع على من يقبض من الدائنين حصته فى الدين

= الميراث . (ب) ويصبح الدين قابلا للانقسام متى استحال إلى تعويض نقدى . ويراعى أنه عند تعدد المدينين والدائنين قد يتصور التضامن سلبياً أو إيجابياً ، أما عدم الانقسام الناشىء عن طبيعة المحل فلا يتصور إلا من الناحيتين معاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧) .

بنصيبه فى هذه الحصة ، وله أن يترك الحصة لمن قبضها ويطالب المدين بحصته هو . فان كان هـذا معسرا ، تحمل جميع الدائنين إعساره كل بنسبة حصته فى الدين .

أما فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فان الدائن يستوفى كل الدين لعدم قابليته للتجزئة ، فيرجع عليه كل دائن آخر بحصته فى الدين . فالرجوع فى الالتزام غير القابل للانقسام يكون بالحصة ، أما فى الدين المشترك فيكون فى الحصة . ويستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام عند إعسار المدين ، ففى الحالتين يتحمل الدائنون جميعاً هذا الإعسار كل بنسبة حصته فى الدين .



(Transmission des Obligations)

تمهيد

١ – لمحة فى التطور التاريخى لانتقال الالتزام

٢٣٦ – معنى انتقال الالتزام : يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته – سواء نظر إليه باعتباره حقاً شخصياً من جهة الدائن أو نظر إليه باعتباره التزاماً من جهة المدين – من شخص إلى آخر : من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً ، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره التزاماً .

ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بحوالة الحق (cession de créance) ، وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحوالة الدين (cession de dette). فانتقال الالتزام إذن هو حوالته من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين .

وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين ، فان الذى ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه : صفاته وضماناته ودفوعه .

ينتقل الالتزام بجميع صفاته : فلو كان التزاماً تجارياً ، أو كان التزاماً قابلا للتنفيذ بأن كان مستنداً إلى حكم قضائى أو إلى سند رسمى ، أو كان التزاماً تضامنياً أو غير قابل للانقسام ، أو كان التزاماً ينتج للدائن فوائد ، أو نحو ذلك ، فانه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر بهذه الصفات ذاتها .

وينتقل الالتزام بجميع ضماناته : فلو كان التزاماً مضموناً برهن رسمى ، أو بحق اختصاص ، أو برهن حيازة ، أو بحق امتياز ، أو بكفالة شخصية ، فانه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر مع التأمين الذى يضمنه . غير أن الكفالة – شخصية كانت أو عينية – لا تنتقل ، فيما يتعلق بحوالة الدين ، إلا برضاء الكفيل كما سنرى .

وينتقل الالتزام بجميع الدفوع التى ترد عليه : فلو كان المدين يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب البطلان ، كانعدام الرضا أو عدم قيام المحل أو عدم مشروعية السبب أو عدم استيفاء الشكل الواجب أو نقص الأهلية

أو عيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم ، فان هذا المدين يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن الجديد فى حوالة الحق ، كما يستطيع المدين الجديد فى حوالة الدين أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن .

٢٣٧ — كيف يتصور انتقال الالتزام : وانتقال الالتزام على الوجه المتقدم لايمكن تصوره إذا كانت الفكرة فى الالتزام هى الفكرة القديمة ، أى إذا كان الالتزام هو رابطة شخصية ما بين دائن ومدين. فالرابطة ، بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات ، لايتصور أن تنتقل عنهما أو عن أحد منهما دون أن تنحل . وقد كانت فكرة الرابطة الشخصية هى الفكرة السائدة فى القانون الرومانى ، ثم سادت بعد ذلك عصوراً طويلة فى القوانين اللاتينية ، فلم يكن يمكن معها تصور انتقال الالتزام ، لا من دائن إلى دائن آخر . ولا من مدين إلى مدين آخر .

على أن استعصاء الالتزام على الانتقال لم يثبت فى هذه القوانين القديمة إلا فى انتقاله فيما بين الأحياء (entre vifs) . أما انتقال الالتزام إلى الوارث بسبب الموت (mortis causa) ، فان هذه القوانين لم تلبث أن استساغته منذ عهد طويل .

٢٣٨ — انتقال الالتزام بسبب الموت : قلنا إن القوانين ، حتى القديمة منها ، استساغت انتقال الالتزام بسبب الموت منذ زمن بعيد . فينتقل الالتزام من الدائن عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه . وكذلك ينتقل الالتزام من المدين عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم المدينون مكانه . والذى ساعد على هذا التصور أن تركة المورث تنتقل كمجموع من المال (universalité) إلى الورثة ، فيشتمل هذا المجموع من المال على الالتزامات حقوقاً وديوناً . وتعتبر شخصية الوارث إنما هى استمرار لشخصية المورث ، فكأن الالتزام لم ينتقل إلى شخص جديد بموت صاحبه ، بل بقى عند صاحبه ممثلا فى شخص الوارث .

هكذا كان تصور القانون الرومانى، وما زال هذا هو تصور الشرائع الغربيه. والشريعة الإسلامية نفسها تنقل الالتزام باعتباره حقا من المورث إلى الوارث، أما الالتزام باعتباره ديناً فلا تنقله من المورث إلى الوارث، بل تبقيه فى تركة المورث حتى تنى به التركة، ثم تنتقل التركة بعد سداد الديون إلى الورثة بما تشتمل عليه من أعيان وحقوق.

ومهما يكن من أمر انتقال الالتزام بسبب الموت. فان هناك حدوداً تقيد من هذا الانتقال، أو تحور من الالتزام بعد انتقاله. فهناك التزام يتصل بشخص طرفيه اتصالا وثيقاً بحيث لا يمكن انتزاعه عنهما، فلا ينتقل هذا الالتزام بل ينقضى بموت الدائن أو بموت المدين. من ذلك التزامات الموكل والتزامات الوكيل والتزامات الشركاء فى شركات الأشخاص. فان كلا من عقد الوكالة وعقد شركة الأشخاص يقوم على اعتبارات شخصية، بحيث أن العقد بوجه عام ينقضى بموت أحد المتعاقدين، فلا ينتقل الالتزام — حقاً كان أو ديناً — من المورث إلى الوارث. كذلك قد يتم انتقال الالتزام من المورث إلى الوارث، ولكن الانتقال يحور من الالتزام. وقد يبدو أن الالتزام يتحور فى الشرائع الغربية إذا هو انتقل من المدين إلى وارثه. وقبل الوارث الميراث محتفظاً بحق التجريد (bénéfice d'inventaire)، فيفصل أموال التركة عن أمواله الشخصية، ولا يكون مسئولا عن ديون التركة إلا فى المال الذى ورثه. فيصبح الالتزام، بعد أن انتقل إلى الوارث، لا يمكن التنفيذ به إلا على أموال التركة التى انتقلت إلى هذا الوارث. ولكن هذا التحوير ليس تحويراً حقيقياً، فالواقع من الأمر أن الإلتزام بقى — من ناحية المال الذى يجوز التنفيذ عليه — كما كان فى حياة المورث، فقد كان عندئذ لا يمكن التنفيذ به إلا على ماله. فبقى كما كان (١). والتحوير الحقيقى فى الالتزام، وإن لم يكن تحويرا فى أساسه، يقع إذا تعددت الورثة. فان الالتزام، حقاً كان أو ديناً، ينقسم على الورثة كل بنسبة حصته

---

(١) وفى الشريعة الإسلامية يبقى الالتزام، باعتباره ديناً، فى التركة حتى يؤدى من أموالها. فما لا يتم فى الشرائع الغربية إلا عن طريق الاحتفاظ بحق التجريد هو الأصل الذى يعمل به فى الشريعة الإسلامية.

فى التركة (١) ، وهـذا ما لم يكن الالتزام فى أصله غير قابل للانقسام(٢) كما سبق القول .

٢٣٩ — انتقال الالتزام مابين الأحياء : أما انتقال الالتزام بالمعنى الذى أسلفناه ، أى انتقال الالتزام ذاته بمقوماته وخصائصه ، ما بين الأحياء ، فلم يكن معروفاً فى القـانون الرومانى ، إذ كانت الفكرة التى تصـور الالتزام رابطة شخصية تقوم حائلا دون ذلك كما قدمنا . وإذا كان قد أمكن ، فى انتقال الالتزام بسبب الموت ، جعل الوارث خلفاً عاماً للمورث وتصوير هذه الخلافة العامة كأنها استمرار لشخصية المورث ، فنى انتقال الالتزام مابين الأحيـاء حيث الخلافة خاصة ، لا يمكن تصوير هذه الخلافة الخاصة حال الحياة ، كما أمكن تصوير الخلافة العامة بعد الموت ، استمراراً لشخصية السلف . ذلك أنه إذا أمكن القول بأن المورث ، وقد زالت شخصيته بالموت ، يتصور استمرارها فى شخص الوارث ، فانه يتعذر القول بأن السلف ، وهو لا يزال حياً ، تستمر شخصيته فى شخص خلفه الخاص(٣) .

من أجل ذلك لم يكن ممكناً أن ينتقل الالتزام حال الحياة ، فى القـانون الرومانى ، من دائن إلى دائن آخر ، أو من مدين إلى مدين آخر ، عن طريق حوالة الحق ، أو عن طريق حوالة الدين . ولم يكن ممكناً ، إذا أريد تغيير

---

(١) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٦ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٤.

(٢) أما فى الشريعـة الإسـلامية فقد رأينا أن الالتزام ينقسم إذا انتقل كحق إلى ورثة الدائن ، ويبقى فى التركة غير منقسم إذا كان دينا مات عنه المورث .

(٣) ويقول كولان وكابيتان إن انتقال الالتزام مابين الأحياء كان أبطأ ظهوراً فى التاريخ من انتقاله بسبب الموت . وكذلك كان انتقال الحق الشخصى متأخراً فى الظهور عن انتقال الحق العينى ، وبخاصـة حق الملكية . ذلك أن صاحب حق الملكية إذا أراد تحويل حقه إلى نقود فإنما يفعل ذلك غالباً عن طريق بيعه ، أى عن طريق انتقال الحق العينى . أما الدائن فى الالتزام فيحول حقه إلى نقود عادة عن طريق استيفائه ، أى عن طريق انقضاء الحق الشخصى . ويترتب على ذلك نتيجتان : (أولاهما) أن انتقال حق الملكية ظهر مبكراً فى التاريخ ، ولم يظهر انتقال الحق الشخصى إلا متأخراً كثيراً عن ذلك . (والثانية) أن نظرية انقضاء الالتزام بلغت قدراً كبيراً من الأهمية ، بخلاف نظرية انقضاء الحق العينى فليست لها أهمية تذكر (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٢٢٣ ص ٤٢٥) .

شخص الدائن، إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن. أو أريد تغيير شخص المدين، إلا تجديد الالتزام بتغيير المدين. وفى الحالتين، لم يكن الالتزام ذاته، بمقوماته وخصائصه، هو الذى ينتقل من شخص إلى شخص آخر. بل كان الالتزام الأصلى ينقضى بالتجديد، وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التى كانت للالتزام الأصلى، وفى هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن أو يتغير شخص المدين. على أن الرومان كانوا يلجأون إلى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر، دون تدخل من المدين. فكان الدائن الأصلى يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه فى قبض الدين باسمه من المدين، وكان هذا التوكيل (Procuratio in rem suam) وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين. ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة، فان الدائن الأصلى كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين(١).

وبقى القانون الرومانى على هذه الحال، دون أن يعرف لا حوالة الحق ولا حوالة الدين. وبقيت الحوالة مجهولة مدة طويلة فى القانون الفرنسى القديم، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذى كان القانون الرومانى يلجأ إليه، حتى أصبح هذا الطريق مألوفا. ومنه دخلت حوالة الحق فى القانون الفرنسى القديم، وأصبح مسلما فى هذا القانون إنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر دون حاجة إلى الحصول على رضاء المدين بالحوالة، على غرار التوكيل بالقبض الذى أصبح مفترضاً دون نص، وهذا بالرغم من أن التحليل

---

(١) دى باج ٣ فقرة ٢٧٥ ص ٣٤٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٢ ص ٤٢٥. ويقول دى باج إن فكرة الالتزام فى القانون الرومانى القديم هى التى تفسر استحالة انتقال الالتزام. فالالتزام فى هذا القانون لا ينعقد إلا بموجب أشكال وأوضاع معينة يقوم بها كل من المدين والدائن، ومن شأن الالتزام أن يضع المدين تحت سلطة الدائن إلى حد بعيد. فكيف يمكن أن ينتقل الالتزام من دائن إلى دائن، ومن مدين إلى مدين، إلا بعد الالتجاء من جديد إلى هذه الأشكال والأوضاع، وعندئذ تنحل عقدة الالتزام الأصلى ويحل محله التزام جديد، وليست هذه بالحوالة وإنما هو التجديد (دى باج ٣ فقرة ٢٧٥ ص ٣٤٠).

القانونى الدقيق — أو كما يقول بوتييه : selon la subtilité du droit (١) — يستعصى على أن ينتقل الالتزام وهو رابطة شخصية من دائن إلى دائن آخر(٢).

وساعد على إمكان انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتباره رابطة شخصية أخذت تتطور ، وأخذ العنصر المادى فى الالتزام يبرز شيئاً فشيئاً . فأصبح من السهل أن نتصور أن الالتزام ، باعتباره قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية ، وبالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه ، ينتقل من دائن إلى دائن آخر .

ولكن التطور فى القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد . ولم يصل القانون الفرنسى حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين ، أى انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر . وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين فى الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة فى الوفاء . ذلك أن شخصية المدين فى الالتزام أكبر خطراً من شخصية الدائن ، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه تتوقف قيمة الدين . فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفاً فى هذا التحويل عن طريق التجديد ، لأن الدائن يأبى أن يتغير عليه المدين دون رضائه ، ويعنيه من تغيير مدينه ما لا يعنى المدين من تغيير دائنه(٣) . فبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور لم تستكمله إلى غايته(٤) ، وذلك مع استثناء التقنين المدنى الإيطالى الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام فى الإنابة فى الوفاء (انظر المادة ١٢٧٣ من هذا التقنين) .

---

(١) بوتييه فى البيع فقرة ٥٥١ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ ص ٨١ — ص ٨٣ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠ .

(٣) وإن كان المدين يعنيه هو أيضاً تغيير دائنه ، فمن الدائنين من هو أرحب جانباً وأيسر معاملة وأقل تشدداً . ولكن الاعتبارات التى تقترن بتغيير الدائن أقل أهمية من تلك التى تقترن بتغيير المدين .

(٤) انظر فى الاعتراضات التى توجه إلى إقرار حوالة الدين والرد عليها الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٦٨ — ص ٢٧١ — وسنرى عند الكلام فى حوالة الدين كيف وقف تطور هذه الحوالة فى القانون الفرنسى .

أما التقنينات الجرمانية فقد سارت فى التطور إلى نهاية الطريق . ومادامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام قيمة مادية أكثر منه رابطة شخصية(١)، ومادام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر . فما الذى يحول دون التسليم بانتقاله من مدين الى مدين آخر ! ومن ثم يعرف كل من التقنين المدنى الألمانى (م ١٤١٤ — ١٤١٩) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٥— ١٨٣) ، إلى جانب حوالة الحق . حوالة الدين (Schuldübernahme)(٢).

وقد تابع التقنين المدنى المصرى الجديد — ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى(٣) — هذا التطور . وبعد أن كان التقنين المدنى السابق لايعرف ، على غرار التقنين المدنى الفرنسى ، إلا حوالة الحق، أصبح التقنين المدنى الجديد يعرف حوالة الحق وحوالة الدين وقد خصص لها — تحت عنوان انتقال الالتزام— الباب الرابع من الكتاب الأول فى نظرية الالتزام(٤) .

---

(١) ويستتبع ذلك أن تنتقل هذه القيمة المادية من دائن إلى دائن دون رضاء المدين ، ومن مدين إلى مدين دون رضاء الدائن (دى باج ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٤١ — ص ٣٤٢) .

(٢) وسنرى عند الكلام فى حوالة الدين كيف نشأت هذه الحوالة فى البلاد الجرمانية وكيف استكملت تطورها .

(٣) ويعرض تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لانتقال الالتزام بوجه عام ، سواء بين الأحياء أو بسبب الموت ، وسواء انتقل الحق أو انتقل الدين ، فتنص المادة ٢٧٩ من هذا التقنين على ما يأتى : « تنتقل الموجبات بالوفاة أو بين الأحياء ، ما لم يكن ثمة استحالة ناشئة عن نص قانونى أو عن كون الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بالنظر إلى شخص العاقد — ويخضع الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الأرث بوصية أو بغير وصية — أما الانتقال بين الأحياء فخاضع للقواعد الآتية الموضوعة مع التمييز بين انتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة الإيجابية (انتقال دين الدائن) وانتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة السلبية (انتقال دين المدين) » .

(٤) ويذهب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الالتزام لا ينتقل، فى الواقع من الأمر ، من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين ، بل الدائن أو المدين يستخلف شخصاً آخر — دائناً أو مديناً — على الالتزام . فهو يميز ، من ناحية التعبير ، ما بين انتقال الالتزام والاستخلاف عليه ، فنى الحالة الأولى ينتقل الالتزام إلى شخص جديد ، أما فى الحالة الثانية فلا ينتقل الالتزام بل يستخلف شخص عليه شخصاً آخر . ويقول فى هذا المعنى ما يأتى : « والواقع أن الذى وصلت إليه التشريعات الحديثة بعد تطور طويل هو إباحة الاستخلاف ما بين الأحياء فى الحق الواحد ، كما يحدث تماماً عند وفاة الشخص بالنسبة إلى مجموعة حقوقه . فالدائن الجديد يخلف الدائن القديم ، وكذلك المدين الجديد يخلف المدين القديم ، فى الحق الشخصى . فلا ينشأ حق جديد ، ولا ينتقل الحق القديم إلى شخص جديد ، بل إن شخصاً يحل محل آخر فى نفس الحق، من =

٢٤٠ — انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي : ويجدر بنا أن ننظر ، بعد هذه العجالة التاريخية ، ماذا كان موقف الفقه الإسلامى من انتقال الالتزام ، وما مدى التطور الذى بلغه فى هذه المسألة(١) .

يعرف الفقه الإسلامى الحوالة ، ومن أهم المميزات له فى تنظيمها هو التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة(٢) . يوجد فى كل من الحوالتين دائن ومدين ثم أجنبي محال عليه ، وهذا الأجنبي المحال عليه هو الذى يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة .

فان كان هذا الأجنبي مديناً للمدين أو كان فى يده له وديعة أو عين مغصوبة ،

= طريق ما يسمى خطأ فى القوانين الوضعية بالحوالة » (الأستاذ شفيق شحاته : حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٧) . وقد يقتضى المنطق كل هذه الدقة ، فلا يقال إن الالتزام انتقل من شخص قديم إلى شخص جديد ، بل إن شخصاً قديماً استخلف عليه شخصاً جديداً . ويوازن سالى بين العبارتين ، فيرى العبارة الثانية أدق ، إذ يقول : « إن استبدال شخص بآخر ، فيما يتعلق بالالتزام ، هو الذى يعدل انتقال الالتزام . ولكن لفظ الاستخلاف أدق من لفظ الانتقال . فما دام الالتزام لصيقاً بالشخص ، فنقله لا يعنى إلا أن شخصاً جديداً أصبح هو صاحب الالتزام وخلف عليه من نقله . بل إن التعبير الصحيح ، ليس أن يقال إن شخصاً قد استخلف على حق الغير ، بل أن يقال إن شخصاً خلف شخصاً آخر فيما يتعلق بهذا الحق » (سالى : بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى فقرة ٧٤ ص ٦٤) . ومهما يكن من أمر ، فما لا شك فيه أنه عندما يقال إن الالتزام انتقل من شخص إلى شخص آخر ، يكون المقصود دائماً أن هذا الشخص الآخر قد خلف الشخص الأول على هذا الالتزام . فالانتقال هنا معناه الاستخلاف ، واستعمال لفظ الانتقال أيسر من الناحية العلمية . على أن الأستاذ شفيق شحاته أجاز فى مكان آخر أن يقال « إن الحق وقد كان محله الشيء انتقل إلى شخص آخر وبقى محله نفس هذا الشيء » (النظرية العامة للحق العينى ص ١١٤ وص ١١٥ وهامش رقم ١ فى ص ١١٥) . ويعترض الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه على التمسك بهذا القدر من الدقة . ويذهبون إلى أن الحق ، وبخاصة حق الملكية والحق الشخصى من ناحيته الإيجابية ، ينتقل فعلا من شخص إلى آخر (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٥٩) .

(١) انظر فى هذا الموضوع الدكتور صبحى المحمصانى : انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى — النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ٢ ص ٣٤١ — ص ٣٥٦.

(٢) هذا التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة مذكور فى نصوص المذهب الحنفى دون نصوص المذاهب الأخرى . ولكنه تفريق جوهرى لتفهم الحوالة فى الفقه الاسلامى فى المذاهب جميعاً لا فى المذهب الحنفى وحده ، كما سنرى .

وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الأجنبي ، فهذه هى الحوالة المقيدة (١) . وهى أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق . وتقرها المذاهب جميعاً ، على خلاف بينها فى الصياغة القانونية سنذكره فيما يلى :

أما إن كان الأجنبي غير مدين للمدين ، أو كان مديناً ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين فى المذهب الحنفى ، فهذه هى الحوالة المطلقة . ويمكن فى الحوالة المطلقة . أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبي ، وهذه هى حوالة الدين بالمعنى الدقيق ، ولا يسلم بها الفقه الإسلامى خلافاً لما يقال عادة . وهى عنده أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديداً ، من أن تكون حوالة للدين . وقد قدمنا أن الكفالة فى الفقه الإسلامى هى الأصل فى التضامن ، والآن نراها الأصل أيضاً فى الحوالة . ويمكن كذلك فى الحوالة المطلقة أن نتصور أن الدائن هو الذى يريد أن يحيل حقه للأجنبي ، وهذه هى حوالة الحق بالمعنى الدقيق . وحوالة الحق أيضاً لا يسلم بها الفقه الإسلامى بوجه عام ، خلافاً لما يقال عادة . ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها فى حدود معينة .

وقبل أن نفصل ما أجملناه ، يحسن أن نشير إلى خطأين شائعين ينسبان إلى الفقه الإسلامى فى خصوص الحوالة : (أولا) ما يرد ذكره عادة فى الفقه والقضاء فى مصر على أنه حوالة الحق فى الفقه الإسلامى إنما هو حوالة الدين لا حوالة الحق . (ثانياً) ليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق ، وإلا كان هذا بدعاً فى تطور القانون . فمن غير الطبيعى أن يعرف نظام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق ، كما أنه من غير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . فالفقه الإسلامى كان فى تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية :

---

(١) وفى المذهب الحنفى لا تكون الحوالة مقيدة إلا إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه ، فإذا كان للمدين دين فى ذمة المحال عليه ولم يقيد به الحوالة ، فإن الحوالة تكون مطلقه بالرغم من مديونيه المحال عليه للمدين .

لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى فى التركة حتى تقوم بسداده ، ولا بين الأحياء إلا فى صورة من صور الكفالة أو التجديد . وعرف حوالة الحق ، بسبب الموت حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية التى للتركة تنتقل إلى الورثة ، وبين الأحياء بقيود معينة وفى مذهب واحد هو المذهب المالكى(١) .

والآن ننتقل إلى تفصيل ما أجملناه ، فى غير إطالة إذ لا يتسع المقام هنا للإسهاب . ونتناول حوالة الدين وهى المعنية بلفظ « الحوالة » فى الفقه الإسلامى فاذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها ، ثم حوالة الحق ولا يعرف الفقه الإسلامى هذا التعبير ويسمى حوالة الحق بيع الدين أو هبة الدين .

حوالة الدين : يختلف ، فى حوالة الدين ، المذهب الحنفى عن المذاهب الثلاثة الأخرى . على أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة ، وإن كان غير منصوص عليه إلا فى فقه المذهب الحنفى ، لا يقل أهمية فى المذاهب الثلاثة الأخرى عنه فى المذهب الحنفى ، بل لعله يزيد كما سنرى .

١ — ونبدأ بالمذهب الحنفى : ففى هذا المذهب تتم الحوالة المطلقة برضاء الأطراف الثلاثة ، الدائن والمدين والمحال عليه . ويجوز أن تتم برضاء الدائن والمحال عليه دون المدين(٢) ، ولكن لا يرجع المحال عليه فى هذه الحالة على المدين ، إذا دفع الدين للدائن ، إلا إذا كانت الحوالة بأمر المدين . أما الحوالة المقيدة فلا بد فيها من رضاء الأطراف الثلاثة . وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة ،

---

(١) قارن الدكتور حسن الذنون ، وهو يقول : « والشريعة الإسلامية أقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على رأى معظم الفقهاء » (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢١٨ ص ٢٠٧) .

(٢) أما إذا اتفق المدين مع المحال عليه على الحوالة ، فان هذا لا يكفى ، بل لا بد أيضاً من قبول الدائن ، ولا تنعقد الحوالة إلا من وقت هذا القبول دون أثر رجعى . ويشترط أيضاً لانعقاد الحوالة بلوغ المحال عليه ، لأنه يعتبر فى مقام المتبرع . أما المدين والدائن فيكفى فيهما التمييز لانعقاد الحوالة ، ويشترط لنفاذها الإجازة ، فاذا كان المميز هو الدائن اشترط فى الإجازة أن يكون المحال عليه أكثر ملاءة من المدين .

ويعتمد المذهب الحنفى — ومعه سائر المذاهب — فى مشروعية الحوالة على حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : مطل الغنى ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع .

فان الدائن يرجع على المحال عليه بالدين . فهل انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالحوالة ؟ هنا تتضارب الآراء في المذهب الحنفي . فعند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ينتقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، فلو أبرأ الدائن المحال عليه من الدين صح ذلك ولو أبرأ المدين لا يصح . ولكن الدين يعود إلى ذمة المدين إذا توى عند المحال عليه . وعند محمد ، تنتقل المطالبة وحدها دون الدين من المدين إلى المحال عليه ، ويبقى الدين دون المطالبة في ذمة المدين . فلو أراد هذا أن يقضيه للدائن ، لا يكون متبرعاً ، لأنه لا يزال مديناً ، ويجبر الدائن على الاستيفاء . ولو أبرأ الدائن المحال عليه ، لا يرتد الإبراء بالرد ، لأن الدائن إنما أسقط المطالبة لا الدين ، ولا يرجع المحال عليه على المدين ولو كانت الحوالة بأمره ، لأن الدائن لم يبرىء المحال عليه من الدين بل من مجرد المطالبة . و إذا توى الدين عند المحال عليه ، عادت المطالبة إلى المدين واجتمعت عنده مع الدين فيرجع عليه الدائن بالدين نفسه . ولو كان الدين قد انتقل إلى المحال عليه لما كان للدائن الرجوع بنفس الدين و إنما كان يرجع بالضمان . وعند زفر ، لا ينتقل الدين ولا المطالبة إلى ذمة المحال عليه . بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة ، فيكون المحال عليه كفيلا للمدين .

ثم إن الدائن إذا طالب المحال عليه بالوفاء ، وجب هنا أن نميز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة . ففي الحوالة المطلقة ، إذا دفع المحال عليه الدين للدائن ، فانه لا يرجع على المدين إلا إذا كانت الحوالة بأمره كما قدمنا ، ويرجع بالدين نفسه لا بما أدى . وهذا يدل إما على أن الدين لا يزال باقياً في ذمة المدين كما يقول محمد ، فيرجع المحال عليه به . و إما على أن الدين قد انتقل مع المطالبة إلى المحال عليه كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف ، فأداه المحال عليه وحل محل الدائن فيه ، فيرجع به على المدين . و إما على أن الدين والمطالبة لم ينتقلا عن المدين كما يقول زفر ، ولهذا يرجع المحال عليه بنفس الدين ، كما يرجع الكفيل في الكفالة بما كفل لا بما أدى . أما إذا توى الدين عند المحال عليه — بأن مات هذا مفلساً أو أفلس وهو حي أو جحد الحوالة ولم تكن هناك بينة — فان الدائن يرجع على المدين بنفس الدين(١) كما سبق القول . وفي الحوالة المقيدة يخصص

---

(١) ويرجع بنفس الدين لا بالضمان ، وسنرى أن هذا يمكن حمله على أن الحوالة تفسخ إذا —

الحق الذى للمدين فى ذمة المحال عليه لوفاء الدين المحال به(١) ، دون أن ينتقل هذا الحق للدائن ، بل دون أن يكون رهناً عنده لسببين : (١) إذا أفلس المدين قبل أن يؤدى المحال عليه الدين للدائن ، فليس الدائن أحق من سائر غرماء المدين بالدين الذى خصص له وقيدت به الحوالة . وعند زفر الدائن أحق من سائر الغرماء ، لأن الدين صار له بالحوالة رهناً (٢) . (٢) ولو توى هذا الدين

= توى الدين . ولكن قد يؤخذ هذا دليلا على صحة قول محمد من أن الدين لا ينتقل بالحوالة ، بل يبقى فى ذمة المدين ، وتعود المطالبة بالتوى فتجتمع مع الدين ، ومن ثم يرجع الدائن بنفس الدين على المدين ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) ونصوص المذهب الحنفى لا تشترط التساوى ما بين الدين المحال به والدين المحال عليه ، أما نصوص المذاهب الثلاثة الأخرى فتصرح بوجوب هذا التساوى كما سنرى .

وفى الحوالة المقيدة فى الفقه الحنفى يخصص الدين المحال عليه للوفاء بالدين المحال به كما يخصص مقابل الوفاء (provision) لدفع قيمة الكمبيالة . وقد عرف الفقه الإسلامى الكمبيالة فعلا ، وسماها « السفتجة » ، وبنى أحكامها على أسس الحوالة .

(٢) وقد أخذت « المجلة » بقول زفر فى هذه المسألة ، إذ نصت المادة ٦٩٢ منها على ما يأتى : « ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به فى الحوالة المقيدة ، وليس للمحال عليه أن يعطى المحال به للمحيل . فان أعطاه ضمن ، وبعد الضمان يرجع على المحيل . ولو توفى المحيل قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته ، فليس لسائر الغرماء حق فى المحال به » . ويقول الأستاذ سليم باز تعليقاً على هذا النص ما يأتى : « التعبير بالمحال به . . . غير مصيب ، إذ المقصود هنا ما فى يد المحال عليه أو فى ذمته من العين والدين كما هو ظاهر . أما أن المحال له أحق من سائر الغرماء فى ذلك ، فلم يظهر لى وجهه ، مع أن عامة كتب المذهب قد صرحت بأن المحال له أسوة للغرماء ، لأن العين التى للمحيل فى يد المحال عليه والدين الذى له فى ذمته لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة ، لا يدا وهو ظاهر ، ولا رقبة لأن الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل ، فيكون بين الغرماء بالأسوة . أما المرتهن فلك المرهون يداً وحبسا ، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره ، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (درر) . أما لو كانت الحوالة مطلقة ، فالمحتال أسوة الغرماء عند الكل (رد محتار) . والظاهر أن جمعية المجلة لم تخالفهم إلا فى الحوالة المقيدة فقط ، ولعلها أخذت بقول زفر ، فان المحتال عنده أحق من سائر الغرماء ، لأن الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (مجمع الأنهر) » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٦٩٢ ص ٣٧٩) .

ولو أخذنا برأى زفر ، يكون الدين المحال عليه رهنا فى الدين المحال به كما رأينا ، فلا تنتقل ملكية الدين المحال عليه إلى الدائن كما تنتقل فى حوالة الحق بالمعنى المفهوم فى القوانين الغربية . ومن ثم لا تكون الحوالة فى رأى زفر ، حتى بالنسبة إلى الدين المحال عليه ، حوالة حق (انظر الأستاذ مصطفى الزرقا فى الحقوق المدنية جزء ٢ ص ٣٠ فى الهامش — الأستاذ أميل تيان فى مقال له بمجلة كلية الحقوق ببيروت فى حوالة الدين وحوالة الحق فى الفقه الإسلامى علما وعملا — وقارن الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٥٨ هامش رقم ٢) .

عند المحال عليه (١) ، توى على المدين لا على الدائن ، ولا يسقط فى مقابلته شيء من الدين المحال به (٢) . وهذان السببان يبينان أن الدين الذى تقيدت به الحوالة لا ينتقل إلى الدائن ولا يكون رهناً عنده .

هذه هى جملة أحكام حوالة الدين — المطلقة والمقيدة — فى المذهب الحنفى ، أوجزناها متوخين إبراز المقومات الرئيسية لهذه الحوالة فى هذا المذهب . ويبقى أن نضيف إلى ما قدمناه أن التأمينات التى كانت تكفل الدين المحال به وهو فى ذمة المدين قبل الحوالة تنقضى بالحوالة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، ولا تنتقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه (٣) . وننظر بعد ذلك فى تأصيل حوالة الدين فى

---

(١) أو لم يسترد الدائن الدين لأى سبب آخر ، كأن كان ثمن مبيع ، ... أو كان وديعة فهلكت . ولكن الحوالة تبطل فى هذه الحالة ، لأن الدين الذى قيدت به يعتبر سبباً لها . وقد انعدم فانعدمت .

(٢) ولو كان الدين الذى قيدت به الحوالة رهناً عند الدائن ، وتوى عند المحال عليه ، لسقط الدين المحال به بقدر ما توى من الرهن ، لأن المرهون إذا هلك سقط من الدين ما يقابله .

(٣) أما عند محمد فتبقى التأمينات على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين ، وقد قدمنا أن الحوالة عند محمد لا تنقل الدين وإنما تنقل المطالبة وحدها . جاء فى فتح القدير : « فعند أبى يوسف ينتقل الدين والمطالبة ، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين . قال وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسألتين : إحداهما أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين ، فله أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عنه ، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن . . . » (فتح القدير جزء ٥ ص ٤٤٦) . وجاء فى البحر الرائق : « لو أحال المشترى البائع بالثمن على رجل ، لم يملك (البائع) حبس المبيع . وكذا لو أحال الراهن المرتهن ، لا يحبس (المرتهن) الرهن . ولو أحال الزوج المرأة بصداقها ، لم تحبس نفسها » (البحر الرائق ٦ ص ٢٦٨ وما بعدها) . وجاء فى الزيلعى : « ثم اختلفوا فى البراءة : فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة ، وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين . وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين : أحدهما ... والثانى أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان ، كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عن الدين ، وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين » (الزيلعى ٤ ص ١٧١) .

وكما أن التأمينات لا تنتقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، كذلك نحسب أن الدفوع أيضاً لا تنتقل . فليس للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى كان المدين يتمسك بها ضد الدائن ، بل ولا يجوز للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع =

المذهب الحنفى ، أى فى التكييف القانونى الذى يساير المقومات الرئيسية السالفة الذكر . ونبادر إلى القول إن هذا التكييف لا يختلف باختلاف ما إذا كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة . وستراه فى المذاهب الثلاثة الأخرى يختلف فى الحوالة المطلقة عنه فى الحوالة المقيدة ، وهذا يؤكد ما سبق أن قررناه من أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة قد تزيد أهميته فى المذاهب الثلاثة الأخرى عنها فى المذهب الحنفى .وإنما يختلف التكييف فى المذهب الحنفى باختلاف ما اعتبر انتقاله بالحوالة إلى المحال عليه ،هل هو الدين والمطالبة معاً، أو المطالبة وحدها، أو أن المحال عليه لم ينتقل إليه بالحوالة لا الدين ولا المطالبة :

(١) أما عند زفر، حيث لا ينتقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة

= المستمدة من علاقته هو بالمدين ، وهذا ما لم تكن الحوالة مقيدة وسقط الدين الذى تقيدت به أو هلكت الوديعة على النحو الذى قدمناه . فيعتبر التزام المحال عليه نحو الدائن التزاماً مجرداً ، فلا يتأثر لا بالعلاقة القائمة بين المدين والدائن ولا بالعلاقة القائمة بينه وبين المدين ،وإنما هى علاقة جديدة قامت بينه وبين الدائن مستقلة عن العلاقتين السالفتى الذكر . صحيح أن الدين الذى يقوم فى ذمة المحال عليه للدائن يشارك الدين الذى كان فى ذمة المدين للدائن فى صفته من حيث الحلول والتأجيل ، وقد جاء فى المادة ٨٩٦ من مرشد الحيران : « يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل . فإن كان الدين على المحيل حالا ، تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة ، ويدفع المحتال عليه الدين المحال به معجلا . وإن كان الدين على المحيل مؤجلا ، تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجله ، ولا يلزم بالدفع إلا عند حلول الأجل . فلو مات المحيل بقى الأجل ، وإن مات المحتال عليه صار الدين حالا ويؤدى من التركة إن كان بها ما يفى بأدائه ، وإلا رجع المحتال بالدين أو بما بقى له منه على المحيل ليؤديه عند حلول الأجل » . ولكن هذا لا يفيد أن المحال عليه يتمسك بالدفوع التى كان يتمسك بها المدين . للمحال عليه طبعاً أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ذاته إذ هو طرف فيه ، فإذا كان هذا العقد باطلا جاز له أن يتمسك ببطلانه . وله أيضاً أن يتمسك بالدفوع التى يستمدها من علاقته هو بالدائن ، فله أن يتمسك باتحاد ذمته مع الدائن ، وأن يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدائن . أما أن يتمسك بالمقاصة بين الدائن والمدين ، فإن جاز له ذلك فإنما يحمل على أنه يتمسك بدفع مستمد من عقد الحوالة . ذلك أنه إذا كان الدين المحال به قد انقضى بالمقاصة بين الدائن والمدين قبل الحوالة ، فالحوالة باطلة ، لأن من شروط انعقادها أن يكون هناك دين قائم فى ذمة المدين للدائن ، فتمسك المحال عليه بالمقاصة فى هذه الحالة إنما هو تمسك ببطلان الحوالة (قارن الدكتور صبحى المحمصانى فى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الأسلامية ٢ ص ٣٥٥ — انتقال الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٥٨) .

المحال عليه ، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين فى المطالبة، فالأمر واضح، ولا تعدو حوالة الدين أن تكون كفالة محضة كما قدمنا . فاذا حول المدين دينه حوالة مطلقة ، كان معنى هذا عند زفر أنه اتخذ من المحال عليه كفيلا عاديا له، وبقيت ذمته هو مشغولة بالدين كما كانت . ويكون للدائن أن يرجع إما على المحال عليه وإما على المدين كما يشاء ، شأنه فى ذلك شأن الدائن فى الكفالة يرجع إما على الكفيل وإما على المدين . وإذا كانت الحوالة مقيدة، بقى المحال عليه عند زفر كفيلا للمدين ، وأضيف إلى ذلك أن الدين الذى تقيدت به الحوالة يصبح مرهوناً فى الدين المحال به ، فيكون المدين قد قدم للدائن ضمانين: كفيلا ورهنا .

(٢) وأما عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، فهذا قول ينبغى ألا يؤخذ على علاته . والصحيح أن الدين الأصلى قد انقضى، ومما يقطع فى انقضائه انقضاء التأمينات التى كانت تكفله . وحل محل الدين الأصلى دين جديد فى ذمة المحال عليه ، لا تنتقل إليه تأمينات الدين الأصلى كما قدمنا . وتكون حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة، عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، ليست إلا تجديداً بتغيير المدين ، فقد استبدل المحال عليه بالمدين الأصلى (١) . فاذا توى الدين عند المحال عليه ، فسخ التجديد ، وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلى (٢) .

(٣) أما عند محمد : حيث لا ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه وإنما تنتقل المطالبة وحدها ، وحيث لا تنقضى التأمينات بل تبقى على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين (٣)، فان حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة ، أقرب إلى

---

(١) وفى الحوالة المقيدة تبرأ ذمة المحال عليه نحو المدين بقدر ما أدى من الدين للدائن .

(٢) ذلك أن المدين يضمن للدائن يسار المحال عليه ، بحيث تنفسخ الحوالة إذا توى الدين عنده . وهذا بخلاف المذاهب الثلاثة الأخرى . فسنرى أن المدين لا يضمن يسار المحال عليه ، إلا فى مذهب مالك حيث يعتبر المدين قد غر الدائن إذا كان المحال عليه مفلساً وقت الحوالة دون أن يعلم الدائن ذلك ويعلمه المدين .

(٣) وقد قدمنا أن التأمينات ، عند محمد ، تبقى على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين ، خلافاً لأبى حنيفة ولأبى يوسف : فتح القدير ٥ ص ٤٤٦ — الزيلعى ٤ ص ١٧١ — ويقضى المنطق ، عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، بأن تعود التأمينات إذا فسخت الحوالة بالتوى وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلى ، ولكن لا يوجد فى نصوص المذهب الحنفى نص صريح فى هذا المعنى .

أن تكون كفالة محورة . ووجه التحوير فيها أن الدائن يرجع على المحال عليه (الكفيل) أولا ، لأن المطالبة انتقلت إليه ولم تبق عند المدين . فان توى الدين عند المحال عليه ، يرجع الدائن على المدين الأصلي ، إذ تعود المطالبة بالتوى إلى المدين لتنضم إلى الدين كما كانت . أما فى الكفالة العادية فالدائن بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلي أولا وإن شاء طالب الكفيل (١)، لأن المطالبة بقيت عند المدين وإنما ضمت فيها إلى ذمته ذمة الكفيل(٢) .

(ب) وننتقل الآن ، فى حوالة الدين ، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى ؛ المالكية والشافعية الحنابلة . وهنا يجب أن نميز ، منذ البداية ، بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة . وهذا تمييز جوهرى لا تصرح به نصوص هذه المذاهب ، ويرجع ذلك فى الغالب إلى أن الفرق بين هاتين الحوالتين كبير إلى حد أن إحداهما — وهى الحوالة المطلقة — ليست بحوالة أصلا كما سنرى ، فلا تستحق هذه التسمية حتى لا تكون نوعاً ثانياً إلى جانب الحوالة المقيدة . وهذا يعود بنا مرة أخرى إلى تأكيد أهمية هذا التمييز فى المذاهب الثلاثة .

فنى الحوالة المقيدة — أو الحوالة إطلاقاً لأن الحوالة المطلقة لا تدعى فى العادة حوالة فى المذاهب الثلاثة — يشترط أن يكون للمدين دين فى ذمة المحال عليه معادل فى الجنس ومساوٍ فى المقدار للدين المحال به ، فيوفى المدين الدين الذي فى ذمته للدائن بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه . ومن ثم وجب أن يكون الدين المحال به والدين الذى تقيدت به الحوالة متساويين ، كما قدمنا ، فى الصفة

---

(١) بل إن الدائن فى الكفالة العادية يغلب أن يرجع أولا على الكفيل ، لأنه يختار عادة لكفالة الدين من هو أكثر ملاءة من المدين الأصلي ، فيكون الرجوع على الكفيل أيسر من الرجوع على المدين . وهذا الذى يقع فعلا فى الكفالة العادية يقع قانوناً فى حوالة الدين . فالذى تتميز به حوالة الدين إذن هو أن المدين فى الحوالة يأمن رجوع الدائن عليه قبل رجوعه على الكفيل ، فالحوالة من هذا الوجه أقرب إلى أن تكون ضماناً للمدين منها ضماناً للدائن .

(٢) أو لعل حوالة الدين ، عند محمد ، هى ضرب من الأنابة القاصرة (délégation imparfaite) ، ينيب فيها المدين المحال عليه فى الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة إليه ، فيرجع الدائن (المناب) هنا أيضاً على المحال عليه (المناب لديه) أولا ، فإن توى الدين عنده رجع على المدين (المنيب) . ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة مطلقة أو مقيدة .

والمقدار(١) ، فان اختلفا فى شىء من ذلك لم تصح الحوالة (٢) . ويشترط لانعقاد الحوالة المقيدة فى المذاهب الثلاثة رضاء كل من الدائن والمدين ، أما رضاء المحال عليه فلا يشترط على الأرجح ، لأن الدائن يستوفى الدين منه كما كان يستوفيه المدين فلا يتضرر المحال عليه بذلك . بل إن رضاء الدائن عند الحنابلة لا يشترط هو أيضاً إذا كان المحال عليه مليئاً ، فيكفى إذن عندهم فى هذه الحالة إرادة المدين المنفردة . ومتى تمت الحوالة على هذا النحو ، برئت ذمة المدين نحو الدائن ، وبرئت ذمة المحال عليه نحو المدين ، وصار المحال عليه مديناً للدائن . ولا تنتقل تأمينات الدين المحال به بل تنقضى (٣) ، مما يقطع

---

(١) وهذا لا يمنع من أن يكون ما على المدين للدائن أكثر أو أقل مما على المحال عليه للمدين . فان كان أكثر ، جازت حوالة جزء منه يعادل فى المقدار ما على المحال عليه للمدين ، وإن كان أقل ، جازت حوالته على جزء مما على المحال عليه للمدين معادل له فى المقدار . جاء فى الشرح الصغير للدردير (جزء ٢ ص ١٤٣) : « وشرط لصحتها .. تساوى الدينين ، المحال به وعليه ، قدراً وصفة . فلا تصح حوالة بعشرة على أكثر منها ولا أقل ، ولا بعشرة محمدية على عشرة يزيدية ولا عكسه . فليس المراد بالتساوى أن يكون ما على المحيل مثل ما على المحال عليه قدراً وصفة ، لأنه يجوز أن يحيل بعشرة على عشرة من عشرين على غريمه ، وأن يحيل بخمسة من عشرة على خمسة على غريمه » .

(٢) وتصرح المالكية بأن الحوالة ، فى حالة تساوى الدينين ، هى « إحالة » الدين ، وليست بيع الدين بالدين . قال ابن جزى : « والشرط الثانى أن يكون الدين المحال به مساوياً للمحال فيه فى الصفة والمقدار ، فلا يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر ، أو أدنى أو أعلى ، لأنه يخرج عن الإحالة إلى البيع ، فيدخله الدين بالدين » (القوانين الفقهية ص ٣٢٧) . أما عند الشافعية فالحوالة هى بيع دين بدين . جاء فى المهذب : « لا تجوز الحوالة إلا على دين يجوز بيعه . لأن الحوالة بيع فى الحقيقة ، لأن المحتال يبيع ماله فى ذمة المحيل بما له فى ذمة المحال عليه ، والمحيل يبيع ماله فى ذمة المحال عليه بما عليه من الدين ، فلا تجوز إلا فيما يجوز بيعه » (المهذب جزء أول ص ٣٣٧) .

(٣) جاء فى أسنى المطالب شرح روض الطالب (جزء ٣ ص ٢٣٢) : « لا ينتقل التابع لهما فى الرهن ولا الضمان ، بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضامن ، انفك الرهن وبرئ الضامن ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشترى بالثمن والزوج بالصداق . ويفارق المحتال الوارث فى نظيره من ذلك ، لأن الوارث خليفة مورثه فيما ثبت له من الحقوق » . وجاء فى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (جزء ٢ ص ٢٦) . « فلو كان فى أحد الدينين توثق برهن أو ضامن ، لم يؤثر ولم ينتقل الدين بصفة التوثق . بل يسقط التوثق ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشترى بالثمن والزوج بالصداق» . وجاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (جزء ٢ ص ٣٩٤) : « إن =

فى أن هذا الدين قد انقضى ، فليس هو الذى قام فى ذمة المحال عليه للدائن . كذلك لا ينتقل إلى الدائن الحق الذى كان للمدين فى ذمة المحال عليه للأسباب الآتية : (١) لا تنتقل أيضاً تأمينات هذا الحق لتكفل الحق الذى قام للدائن فى ذمة المحال عليه (١) . (٢) لو كان حق المدين فى ذمة المحال عليه قد انتقل إلى الدائن ، فقد كان ينبغى أن يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفوع التى كان يدفع بها مطالبة المدين ، دون الدفوع المستمدة من علاقة المديونية ما بين المدين والدائن ، ولكن فى بعض النصوص ما يصرح بعكس ذلك (٢) . (٣) ولو كان هذا الحق

= أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن ، فينبغى أن تصح وجهاً واحداً وينفك الرهن ، كما إذا كان له به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحوالة وبرىء الضامن ، لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضى براءة الأصيل فكذلك يقتضى فك الرهن . فان شرط بقاء الرهن ، فهو شرط فاسد تبطل به الحوالة إن قارنها » .

(١) جاء فى الغرر البهية شرح البهجة الوردية (جزء ٣ ص ١٤٤ وما بعدها) : «لو أحاله على دين به رهن أو ضامن ، انفك الرهن وبرىء الضامن ، لأن الحوالة كالقبض » . انظر أيضاً ما قدمناه من النصوص : أسنى المطالب شرح روض الطالب جزء ٣ ص ٢٣٢ — حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جزء ٢ ص ٢٦ — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جزء ٣ ص ٣٩٤ .

(٢) أما أنه ليس للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفوع التى كان يدفع بها مطالبة المدين ما لم يكن الدين الذى فى ذمته للمدين غير موجود أصلا ، فقد جاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٣٨ ص ٣٣٩) : « وإن أحال البائع رجلا على المشترى بالألف ، ثم رد المشترى المبيع بعيب ، لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً ، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبى المحتال فلم يجز إبطالها . وإن أحال البائع على المشترى رجلا بألف ، ثم اتفقا على أن العبد كان حرا ، فان كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة ... فان أقاما على ذلك بينة لم تسمع ، لأنهما كذبا البينة بدخولهما فى البيع . وإن صدقهما المحتال بطلت الحوالة ، لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة » — وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفوع المستمدة من علاقة المديونية ما بين الدائن والمدين ، فقد جاء فى المهذب : « وإذا اشترى رجل من رجل شيئاً بألف وأحال المشترى البائع على رجل بالألف ، ثم وجد بالمبيع عيباً فرده ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو على الطبرى لا تبطل الحوالة فيطالب البائع المحال عليه بالمال ، ويرجع المشترى على البائع بالثمن ، لأنه تصرف فى أحد عوضى البيع فلا يبطل بالرد بالعيب ، كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده . وقال أبو اسحق تبطل الحوالة . فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه ، لأن الحوالة وقعت بالثمن ، فاذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمنا ، فاذا خرج عن أن يكون ثمنا ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ... ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه ، لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشترى الثانى فلم يمكن إبطاله ، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما فوجب إبطالها » (المهذب جزء أول ص ٣٣٨)

قد انتقل إلى الدائن ، وكان المحال عليه معسراً وقت الحوالة أو أعسر بعد ذلك ، فقد كان ينبغى أن يرجع الدائن على المدين بالضمان ، ولكن الظاهر من النصوص أن المدين لا يضمن إعسار المحال عليه (١) . (٤) ولو كان مقدراً لهذا الحق أن ينتقل إلى الدائن ، ولكن لم يتمكن المدين من نقله ، كأن كان الحق ثمناً لمبيع استحق أو كان وديعة فهلكت ، فقد كان ينبغى أن [illegible] الدائن غير مستوف لدينه أو أن الحق لم ينتقل إليه ، فيبقى للدائن دينه فى ذمة المدين . ولكن هذا الحكم لا يظهر فى وضوح من النصوص .

ويستوقف النظر على كل حال أن الحوالة فى المذاهب الثلاثة لا تكون إلا حيث يكون المدين دائناً فى الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ما عليه وبمقداره (٢) .

---

(١) جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى : « فإذا وقعت الإحالة ، برئت بها ذمة المحيل من الدين الذى كان عليه للمحال ، وانتقل إلى طلب المحال عليه . ولا رجوع للمحال على المحيل إن أفلس المحال عليه أو أنكر ، إلا أن يكون المحيل قد غر المحال لكونه يعلم فلس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك . وقال الشافعى لا يرجع على المحيل ، غره أو لم يغره » (القوانين الفقهية ص ٣٢٧) . وجاء فى المهذب : « إذا أحال بالدين ، انتقل الحق إلى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل ، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق . وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل . وإن أحاله على ملء فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه ، لم يرجع إلى المحيل ، لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه ، فسقط حقه من الرجوع ، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض . وإن أحاله على رجل بشرط أنه ملء فبان أنه معسر ، فقد ذكر المزنى أنه لا خيار له ، وأنكر أبو العباس هذا وقال له الخيار لأنه غره بالشرط فثبت له الخيار ، كما لو باعه عبدا بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب . وقال عامة أصحابنا لا خيار له ، لأن الإعسار نقص ، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب فى المبيع ، ويخالف الكتابة فإن عدم الكتابة ليس بنقص وإنما هو عدم فضيلة ، فاختلف الأمر فيه بين أن يشرط وبين ألا يشرط » (المهذب جزء أول ص ٣٣٨) . وجاء فى الأم للشافعى (جزء ٢ ص ٢٠٣) : « اخبرنا الربيع بن سليمان قال اخبرنا الشافعى إملاء قال : والقول عندنا والله تعالى أعلم ما قال مالك بن أنس أن الرجل إذا أحال على الرجل بحق له ، ثم أفلس المحال عليه أو مات ، لم يرجع المحال على المحيل أبداً » . وجاء فى المغنى : « فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت ، برئت ذمة المحيل فى قول عامة الفقهاء .. إذا ثبت أن الحق انتقل . فمتى رضى بها المحتال ولم يشترط اليسار ، لم يعد الحق إلى المحيل أبداً ، سواء أمكن استيفاء الحق أم تعذر لمطل أو فلس أو غير ذلك » (المغنى ٥ ص ٥٨) .

(١) بل إن الفقه المالكى يشترط فوق ذلك أن يكون الدين المحال به حالا ، فإذا لم يكن حالا وجب على الأقل أن يكون الدين المحال عليه حالا وأن يقبضه المحال قبل التفرق ، وفى هذا

أليس من البديهى أن يقال فى هذه الحالة إن المدين إنما يوفى عن طريق مايسمى بالحوالة ، الدين الذى عليه للدائن بالحق الذى له فى ذمة المحال عليه ؟ فهو بدلا من أن يستوفى حقه من المحال عليه ، ثم يوفى بهذا الحق الذى استوفاه الدين الذى عليه للدائن ، يختصر هاتين العمليتين فى عملية واحدة ، فيقضى الدين الذى عليه بالحق الذى له ، دون أن يستوفى شيئاً من مدينه أو يوفى شيئاً لدائنه ، بل يقتصر على أن يحيل دائنه على مدينه . هذا هو الظاهر الواضح . ولكن على أى أساس أجرى المدين كل ذلك ؟ لا نرى أن المدين حول على مدينه الدين الذى فى ذمته للدائن ، لأن تأمينات هذا الدين لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا . وإنما هو وفى لدائنه ماعليه من الدين من طريق التجديد بتغيير المدين ، فانقضى الدين الأصلى ، وحل محله دين جديد استبدل فيه بنفسه المحال عليه ، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الدين الجديد . ولا نرى أن المدين حول لدائنه الحق الذى له فى ذمة المحال عليه ، لأن تأمينات هذا الحق لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا ، وهذا إلى الأسباب الأخرى التى سبق ذكرها والتى تدعو إلى القول بأن هذا الحق لم ينتقل . وإنما هو استوفى من المحال عليه حقه هذا عن طريق التجديد بتغيير الدائن ، فانقضى الحق الأصلى ، وحل محله حق جديد استبدل فيه بنفسه الدائن ، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الحق الجديد . فهو باعتباره مديناً قد استبدل بنفسه مدينه ، وهو باعتباره دائناً قد استبدل بنفسه دائنه . وخرج على هذا النحو عن المديونية والدائنية ، فأسقط كلا من الدين والحق . وأنشأ التزاماً جديداً ، إذ وضع مدينه مكانه تجاه دائنه ، كما وضع دائنه مكانه تجاه مدينه ، واستطاع بهذا أن يصل بين مدينه ودائنه ، فيجعل الأول هو المدين للثانى فى هذا الالتزام الجديد(١) .

= ما يبرز فى وضوح أن الحوالة ليست إلا وفاء دين بدين . جاء فى الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها) : « شرط صحة الحوالة ... حلول الدين المحال به ، وهو الذى على المحيل لأنه إذا لم يكن حالا أدى إلى تعمير ذمة بذمة فيؤدى إلى بيع الدين بالدين ... إلا أن يكون المحال عليه حالا ويقبضه قبل أن يتفرقا مثل الصرف فيجوز » .

(١) ومما يؤيد أن الدين الذى قام فى ذمة المحال عليه للدائن ليس هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين للدائن بل هو نظيره أى التزام جديد معادل له ، ما جاء فى كشاف القناع بحل ألفاظ أبى شجاع (جزء ٢ ص ٤٨) : « وتبرأ بالحوالة الصحيحة ذمة المحيل عن دين المحتال ، ويسقط دينه عن المحال عليه ، ويلزم دين محتال محالا عليه أى يصير نظيره فى ذمته » . =

فالحوالة المقيدة فى المذاهب الثلاثة هى إذن ، فى نظرنا ، وفاء دين بحق ، عن طريق إسقاط كل من الدين والحق ، و إنشاء التزام جديد يستوفى به المدين الحق ويفى بالدين . فتنتهى إلى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق ، و إلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين .

أما ما يمكن أن نسميه بالحوالة المطلقة فى المذاهب الثلاثة ، حيث لا يكون للمدين دين فى ذمة المحال عليه ، فهذه ليست حوالة أصلا ، حتى بالاسم ، فقد رأينا أن المذاهب الثلاثة لا تسميها حوالة . فاذاحول المدين دائنه على أجنبى غير مدين له ، فهو إنما يجعل من هذا الأجنبى كفيلا له . فالحوالة هنا كفالة محضة لا تحوير فيها ، أو هى حمالة كما تقول المالكية(١) . ولا بد من رضاء الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً بهذه الحوالة . فاذا انعقدت ، اعتبر المحال عليه كفيلا للمدين ، وكان الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين و إن شاء طالب المحال عليه ، ولا يتعين أن يطالب المحال عليه أولا كما يتعين ذلك فى المذهب الحنفى فيما دعوناه بالكفالة المحورة(٢) .

= ويخلص من كل ذلك أن حوالة الدين فى الفقه الإسلامى تدخل فى منطقة الوفاء بالدين لا فى منطقة بيعه أوانتقاله . ويقول ابن القيم نقلا عن ابن تيمية فى هذا المعنى : « إن الحوالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع ، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذى فى ذمة المحيل ... ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شوب المعاوضة » (إعلام الموقعين ١ ص ٣٤١) .

(١) يؤيد ذلك النصوص الآتية : جاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٩٦) : « قال فى المدونة وإذا أحالك على من ليس قبله دين ، فليست حوالة وهى حمالة » . وجاء فى الخرشى (جزء ٦ ص ١٧) : « ومن شروطها ثبوت دين للمحيل فى ذمة المحال عليه ، وإلا كانت حمالة عند الجمهور » . وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٣٧): «ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين . لأنا بينا أن الحوالة بيع ما فى الذمة بما فى الذمة ، فاذا أحال على من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح . ومن أصحابنا من قال تصح إذا رضى المحال عليه ، لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فيصح وإن لم يكن عليه مثله كالضمان . فعلى هذا يطالب المحيل بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه . فإن قضاه بإذنه رجع على المحيل ، وإن قضاه بغير إذنه لم يرجع » .

(٢) ويخلص من ذلك أن الحوالة المطلقة فى المذاهب الثلاثة تختلف فى طبيعتها عن الحوالة المقيدة ، فالأولى كفالة محضة ، والثانية تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن . أما فى المذهب الحنفى فالحوالة المطلقة لا تختلف فى طبيعتها عن الحوالة المقيدة ، كلتاهما إما تجديد بتغيير =

حوالة الحق : رأينا فى حوالة الدين أن المذهب الحنفى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى . أما هنا ، فى حوالة الحق ، فالمذهب المالكى هو الذى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة .

ا) فنبدأ بالمذهب المالكى : والظاهر أن هذا المذهب يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وببيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين من غير المدين — وهى حوالة حق عن طريق التبرع — ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام . فيشترط إذن القبض ، ويتم بالإشهاد أو بتسليم سند الدين أو « ذكر الحق » كما يقول مالك(١) . ويشترط لانعقاد بيع الدين من غير المدين — وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة — ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط إلى جانب ذلك شروط أخرى . منها إقرار من عليه الدين بحق الدائن ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه . ومنها التعجيل بالثمن ، وأن يكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يكون الثمن من غير جنس المبيع ، وأن يقع البيع لغير خصم المدين حتى لا يكون فى البيع إعنات للمدين بتمكين خصمه منه(٢) . ولا تنتقل التأمينات التى كانت

= المدين إذا قلنا بانتقال المطالبة والدين جميعاً ، وإما كفالة محورة إذا قلنا بانتقال المطالبة وحدها دون الدين ، وإما كفالة محضة إذا قلنا بعدم انتقال أى من الدين والمطالبة . وإنما تزيد الحوالة المقيدة على الحوالة المطلقة ، فى المذهب الحنفى ، بوجود دين فى ذمة المحال عليه للمدين يخصص لوفاء الدين المحال به على قول الأئمة الثلاثة ، أو يكون مرهوناً فيه على قول زفر .

(١) وقد جاء فى المدونة : « قلت أرأيت أن وهبت لرجل ديناً لى عليه كيف يكون قبضه ، قال إذا قال قد قبلت فذلك جائز له ، وهذا قبض لأن الدين عليه ، وهذا قول مالك ، وإذا قبل سقط . قلت فإن وهبت لرجل ديناً على رجل آخر ، قال قال مالك إذا أشهد له ، وجمع بينه وبين غريمه ، ودفع إليه ذكر الحق ، فهو قد قبض . قلت فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق كيف يصنع ، قال إذا أشهد له وأحاله عليه فهذا قبض فى قول مالك . قلت فإن كان الغريم غائباً ، فوهب لرجل ماله على غريمه وأشهد له بذلك ودفع إليه ذكر الحق وأحاله عليه ، أيكون هذا قبضاً فى قول مالك ، قال نعم . قلت أرأيت الدين إذا كان على الرجل وهو بأفريقية وأنا بالفسطاط ، فوهبت ذلك الدين الذى لى بأفريقية لرجل معى بالفسطاط ، وأشهدت له ، وقبل ، أترى ذلك جائزاً ، قال نعم . قلت لم أجزته فى قول مالك ، قال لأن الديون هكذا تقبض ، وليس هو شيئاً بعينه يقبض ، إنما هو دين على رجل فقبضه أن يشهد له ويقبل الموهوب له الهبة » (المدونة الكبرى جزء ١٥ ص ١٢٦ — ١٢٧) .

(٢) وقد جاء فى شرح التاودى للتحفة : « وإنما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع حضور المدين وإقراره وإن كان عليه بينة ، لأنه قد يطعن فيها أو يدعى القضاء فيكون من شراء =

للحق من رهن أو كفالة ، إلا بالشرط وبإقرار الكفيل بالكفالة وإن كان لا يشترط رضاؤه بالحوالة(١) .

ب) وننتقل الآن ، فى حوالة الحق ، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة . فهذه المذاهب جميعاً لا تقر حوالة الحق ، ولا تجيز بيع الدين

= ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور . وأجاز ابن القاسم فى سماع موسى بن معاوية شراء الدين على الغائب ... مع تعجيل الثمن وإلا كان من بيع الدين بالدين ، وكونه ليس طعام من بيع فإن كان الدين طعام من بيع لم يجز لما تقدم من منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضة . وبيعه بغير جنس مرعى : فإن بيع بجنسه لم يجز ، لأن الشأن فى الدين أن يباع بأقل فيكون سلفا بمنفعة . وسادس الشروط ألا يكون المشترى عدوا للمدين يقصد بالشراء إعناته ، وإن رد البيع وفسخ » (التاودى على التحفة ٢ ص ٤٧) .

ونرى من هذا النص إنه لا يشترط لجواز بيع الدين لغير من هو عليه رضاء المدين ، ولكن يجب مع ذلك توافر الشروط الآتية : (١) ألا يكون الدين حقاً متنازعاً فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة ممنوع . (٢) ألا يكون الدين طعاماً فى ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع . (٣) ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشترى يشترى الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفاً بمنفعة ويداخله الربا . (٤) أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . (٥) ألا يكون المشترى خصما للمدين ، وإلا كان فى هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه . (انظر فى ذلك أيضاً المدونة الكبرى ٩ ص ١٢٨ — ص ١٣٠) . ويبدو أن بيع الدين من غير المدين فى المذهب المالكى ، بالشروط المتقدمة الذكر ، أقرب إلى أن يكون وفاء مع الحلول أو وفاء للدين بمقابل صادراً من غير المدين . فالأجنبى يتقدم إلى الدائن ويوفيه دينه أو يوفيه مقابلا من غير جنس الدين ، ويرجع بالدين على المدين . ولو كان هذا بيعاً لأمكن تأجيل الثمن ، فن المسلم أن البيع يجوز تأجيل الثمن فيه ، ولأمكن الأجنبى ، بدلا من الوفاء بالدين أو بمقابل الدين فى الحال ، وهذا هو التعجيل بالثمن ، أن يبقيه ديناً فى ذمته . ولكن المقطوع به فى مذهب مالك أنه لا يجوز بيع الدين من غير المدين بثمن مؤجل .

(١) وقد جاء فى شرح التاودى للتحفة : « وإذا بيع الدين أو وهب أو تصدق به ، وكان فيه رهن أو حميل ، لم يدخل واحد منهما إلا بالشرط ، مع حضور الحميل وإقراره بالحمالة ، وإن لم يرض بالتحمل لمن ملكه . (تنبيه) من بيع الدين المسألة الملقبة عند العامة بقلب الرهن ، وهى أن يكون بيد الإنسان رهن فى دين مؤجل ، ويحتاج إلى دينه فيبيعه بما يباع به . ويحل المشترى للدين محل بائعه فى حوز الرهن ، والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له ، والبيع للرهن بالتفويض الذى جعل للبائع المرتهن ، وغير ذلك . ويكتب فى ظهر وثيقة الدين أو فى طرتها . فإن سكتا عن الرهن يدخل ، وإن اختلفا فى اشتراطه حلفا وفسخ . وحيث دخل فسراهن جعله تحت يد أمين إن لم تشترط منفعته أو اشترطت ولحقه ضرر ، وإلا فلا كلام له » (التاودى على التحفة ٢ ص ٤٨) .

إلا ممن عليه الدين ، لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه(١) . على أن فى المذهب الحنفى حيلا تحقق كثيراً من الأغراض التى يراد الوصول إليها من وراء حوالة الحق(٢) .

ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامى لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى فى أى مذهب من مذاهبه . وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة فى أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى . فلم يكن الفقه

(١) والحنفية تجيز بيع الدين ممن عليه الدين : إما بثمن معجل ، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون وفاء للدين بمقابل . وإما بثمن مؤجل ، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون تجديداً بتغيير محل الدين .

أما الشافعية ففى أحد قولين فى مذهبهم أنه يجوز بيع الدين من غير المدين ، بشرط قبض الدين والثمن فى المجلس . وهذا لا يعدو أن يكون بيعاً محضاً ، عجل فيه الثمن وسلم المبيع . فالبائع تقدم إلى الدائن بسلعته ، وباعها منه بثمن معادل للدين ، ووكله الدائن (المشترى) فى قبض هذا الدين . فقبض البائع الدين من المدين ، واحتجزه ثمناً ، وسلم المبيع إلى المشترى ، وذلك كله فى مجلس البيع .

وأما الحنابلة فلا يجيزون بيع الدين من غير المدين . ويجيزون بيعه من المدين بثمن معجل — وهذا وفاء بمقابل — لا بثمن مؤجل . غير أن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يذهبان إلى جواز بيع الدين بالدين ولو بثمن مؤجل (إعلام الموقعين ١ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١) ، ولا يمنعان إلا ابتداء الدين بالدين ، أى أن يكون المبيع ديناً مؤجلا فى الذمة ويكون الثمن كذلك ديناً مؤجلا فى الذمة ، كبيع مقدار من القمح مؤجل التسليم فى مبلغ من النقود مؤجل الدفع . وهذا يخرج عن منطقة بيع الدين بالدين .

(٢) فيحتال على حوالة الحق بأحد طريقين : (١) يوكل الدائن من يريد أن يحول له حقه فى قبض هذا الحق من المدين ثم يهبه إياه ، وهو الطريق الذى كان القانون الرومانى يلجأ إليه . ولكن يستطيع الموكل ، فى هذه الحالة ، عزل الوكيل قبل قبض الدين . (٢) يقر الدائن لمن يريد أن يحول له حقه بأن الحق له . وهذا الإقرار مقصور على العلاقة فيما بين المقر والمقر له ، أما المدين فلا يطالب بالدفع للمقر له . ولذلك يصحب الإقرار توكيل من الدائن للمقر له بقبض الدين ، أو يصدق المدين على الإقرار فيسرى فى حقه (انظر فى ذلك الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٦٢ — ص ٦٤ . أما ما يذكره الأستاذ شفيق شحاتة فى ص ٥٧ — ص ٦١ من المسائل التى يستدل بها على جواز حوالة الحق فى الفقه الحنفى ، فيبدو لنا أن التعامل فيها إنما يقع على حوالة الدين لا على حوالة الحق ، فتجرى أحكام حوالة الدين على الوجه الذى أسلفناه فى هذا المذهب ، أو أن الحوالة فى هذه المسائل إنما قصد بها التوكيل بقبض الدين وهذا مألوف فى المذهب الحنفى كما قدمنا : انظر فى هذا المعنى الأستاذ عيسوى أحمد عيسوى مجلة الأزهر ٢٧ ص ١٠١٤ — ص ١٠١٨ و ص ١١١٦ — ص ١١٢٠) .

الإسلامى إذن بدءاً فى تطوره كما قدمنا ، ولم يقر حوالة الدين دون أن يقر حوالة الحق ، بل هو قد سار على السنن المألوفة فى التطور ، إذ بدأ باقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم باقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن فى مذهب واحد من مذاهبه . ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء فى المذاهب الأخرى ، ولم يقر حوالة الدين أصلا لا بسبب الموت ولا بين الأحياء (١) .

٢ – مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التى تقرب منها

٢٤١ – النظم القانونية التى تقرب من الحوالة وتشتبه بها : وقبل أن نفصل أحكام الحوالة ، حوالة الحق وحوالة الدين ، نميزها عما يقرب منها فى النظم القانونية ويشتبه بها . فهناك غير الحوالة التجديد (novation) والإنابة فى الوفاء (délégation) والوفاء مع الحلول (paiement avec subrogation).

---

(١) انظر فى الحوالة بوجه عام فى الفقه الإسلامى فى مذاهبه الأربعة : البدائع ٦ ص ١٥ – ص ١٩ – فتح القدير ٥ ص ٤٤٣ – ص ٤٥٢ – الزيلعى ٤ ص ١٧١ – ص ١٧٥ – الفتاوى الهندية ٣ ص ٢٩٥ – ص ٣٠٦ – ابن عابدين ٤ ص ٤٤٦ – ص ٤٥٩ – بداية المجتهد ٢ ص ٢٥٠ – ص ٢٥٢ – الخرشى ٦ ص ١٦ – ص ٢١ – الحطاب ٥ ص ٩٠ – ص ٩٦ – القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٢٧ – المهذب ١ ص ٣٣٨ ص ٣٣٩ – المغنى (الطبعة الثالثة) ٤ ص ٥٢١ – ص ٥٣٤ .

والذى يخلص من كل ذلك أن حوالة الدين هى إما تجديد أو كفالة محورة أو كفالة محضة فى المذهب الحنفى ، وهى تجديد للدين بتغيير المدين وبتغير الدائن فى المذاهب الأخرى . فلم يسلم الفقه الإسلامى أصلا بانتقال الدين ، لا فيما بين الأحياء ولا بسبب الموت ، لا عن طريق الخلافة الخاصة ولا عن طريق الخلافة العامة . وإنما سلم بانتقال الحق بسبب الموت ، عن طريق الخلافة العامة فى الميراث ، وعن طريق الخلافة الخاصة فى الوصية بالدين . ولا يكاد يسلم بانتقال الحق فيما بين الأحياء إلا عن طريق الحيلة فى المذهب الحنفى ، وإلا فى كثير من التردد فى مذهب مالك . ولا عجب فى ذلك ، فهذا هو السير الطبيعى فى تطور الحالة . أما تسليمه بانتقال الحق بسبب الموت ، فيبدو أن ذلك قد قام على فكرة الخلافة : خلافة الوارث للمورث وخلافة الموصى له للموصى . وهى خلافة لا تتحقق عنده إلا بالموت ، فيختفى شخص السلف ويحل محله شخص الخلف .

فنقول كلمة موجزة فى التمييز بين هـذه النظم ونظـام الحوالة (١) ، أما تفصيل هذه النظم فمكانه القسم الثالث من هذا الكتاب عند الكلام فى أسباب انقضاء الالتزام .

٢٤٢ — الحوالة والتجديد : سنرى أن الالتزام يتجدد ، إما بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هـذا الأجنبي هو الدائن الجديد ، وإما بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد ، وإما بتغيير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره (انظر م ٣٥٢ مدنى) .

ويعنينا هنا من هذه الصور الثلاث الصورتان الأوليان : التجـديد بتغيير الدائن ويقابل حوالة الحق ، والتجديد بتغيير المدين ويقابل حوالة الدين .

فيتفق التجـديد مع الحوالة فى أن التجديد يتضمن كالحوالة إما تغييراً للدائن وإما تغييراً للمدين .

ولكن التجديد يختلف عن الحوالة فى أن التجديد يقضى الالتزام الأصلي ، وينشيء مكانه التزاماً جديداً يتغير فيه الدائن أو يتغير المدين . وهذا بخلاف الحوالة كما رأينا ، فان الالتزام فيها ينتقل هو نفسه ، بجميع مقوماته وخصائصه ، من دائن إلى دائن آخر أو من مدين إلى مدين آخر . فى الحوالة ينتقل الالتزام

---

(١) ويحسن التمييز أيضاً بين حوالة الحق والاشتراط لمصلحة الغير . فالمشترط لمصلحة الغير لا يحول للغير حقاً له ، بل يشترط لمصلحته حقاً يلتزم به المتعهد ، فينشأ للغير حق مباشر يستمده من عقد الاشتراط ذاته دون أن ينتقل إليه من المشترط بطريق الحوالة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذى تعاقد عليه مع شركة التأمين فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق ، لا يرتب حقاً للمستحق قبل المشترط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع المشترط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشترط . وليس هو حوالة من المشترط للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشترط للمستحق بمقابل قيمتها (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٦ ص ٢٩٧) .

بضماناته وصفاته ودفوعه ، أما فى التجديد فيحل محل الالتزام الأصلى التزام جديد بضمانات وصفات ودفوع قد تختلف عن تلك التى كانت للالتزام الأصلى (١).
وقد نصت المادة ٣٥٦ مدنى على أنه « ١ — يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ٢ — ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدنى على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

ونرى من ذلك أن الحوالة أفضل بكثير من التجديد ، فهى تحتفظ بالالتزام ذاته دون تغيير فيه ، ويبقى لهذا الالتزام ضماناته وصفاته ودفوعه لمصلحة كل من الدائن والمدين (٢) . وقد ذهب التقنين المدنى الألمانى ، بعد أن نظم كلا من حوالة الحق وحوالة الدين ، إلى حد إلغاء التجديد بتاتا ، سواء بتغيير الدين أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ، واستعاض عن التجديد بتغيير الدين الوفاء بمقابل ، وعن التجديد بتغيير الدائن حوالة الحق ، وعن التجديد بتغيير المدين حوالة الدين (٣) . والواقع من الأمر أن التجديد لم يعد له ، إلى جانب الحوالة ، مكان يذكر ، فان الحوالة تطغى عليه ويؤثرها الناس فى تعاملهم . ولقد كان للتجديد مكان ملحوظ فى التقنين المدنى السابق ، لأن هذا التقنين لم يكن ينظم حوالة الدين كما سبق القول ، فكان التجديد بتغيير المدين يقوم إلى مدى محدود بمهمة هذا النوع من الحوالة . ولكن بعد أن نظم التقنين المدنى الجديد حوالة الدين ، لم يعد للتجديد دور محسوس فى التعامل .

---

(١) هذا إلى أن التجديد بتغيير الدائن يقتضى فى انعقاده رضاء المدين الأصلى ، أما حوالة الحق فلا تقتضى فى انعقادها رضاء المحال عليه . والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد والدائن ، أما حوالة الدين فتتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد وحدهما ، أما قبول الدائن فلازم فى نفاذ الحوالة لا فى انعقادها . وقد يتم التجديد بتغيير المدين عن طريق اتفاق المدين الجديد والدائن وحدهما ، وتتفق حوالة الدين فى ذلك مع التجديد .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٣ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٢ .

(٣) أما فى تقنين الالتزامات السويسرى : فقد بقى التجديد ولكن بآثار محدودة ، ولم يخصص له هذا التقنين إلا مادة واحدة هى المادة ١١٦ .

٢٤٣ — حوالة الدين والإنابة فى الوفاء : ويقابل حوالة الدين أيضاً الإنابة فى الوفاء . وتتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م ١/٣٥٩ مدنى) . ويسمى المدين منيباً ، والدائن مناباً لديه ، والأجنبى مناباً .

فاذا كان المدين المنيب قد اتفق مع دائنه المناب لديه ومع الأجنبى المناب أن يتجدد الدين الذى فى ذمته للدائن بدين جديد يكون فى ذمة الأجنبى المناب للدائن المناب لديه ، فان هذا يكون تجديداً بتغيير المدين (م ١/٣٦٠ مدنى) ، وقد سبق أن ذكرنا الفرق بين هذا التجديد وحوالة الدين .

أما إذا لم يتفق المتعاقدون على التجديد ، فان الالتزام الذى فى ذمة المدين المنيب للدائن المناب لديه يبقى كما هو ، ويضاف إليه التزام جديد ينشأ فى ذمة المناب للمناب لديه (م ٢/٣٦٠ مدنى) .

ونرى من ذلك الفرق مابين الإنابة فى الوفاء فى هذه الصورة الثانية وحوالة الدين . ففى حوالة الدين ينتقل الدين ذاته إلى ذمة مدين آخر ، وفى الإنابة فى الوفاء يبقى الدين القديم فى ذمة المدين الأصلى وينشأ إلى جانبه دين جديد فى ذمة مدين آخر . وهذا الدين الجديد مستقل عن الدين القديم فى مقوماته وخصائصه ، حتى أنه لا يتأثر بدفوع الدين القديم (١) .

٢٤٤ — حوالة الحق والوفاء مع الحلول : ويقرب الوفاء مع الحلول من حوالة الحق إلى حد كبير . فالوفاء مع الحلول هو أيضاً ، كالحوالة ، ينقل الالتزام من دائن إلى دائن آخر يحل محله ، والالتزام الذى ينتقل هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه من ضمانات وصفات ودفوع .

ولكن الوفاء مع الحلول هو وفاء للدين يقوم به غير المدين ، فيحل من وفى الدين محل الدائن فى نفس الالتزام الذى وفاه . أما حوالة الحق فلا تتضمن

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٤ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٢ .

معنى الوفاء ، بل معنى المضاربة إذا كانت بمقابل ، فان الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر فى مقابل مال يأخذه عوضاً عن حقه ، فهو يبيع الحق لا يستوفيه . وتتضمن حوالة الحق معنى التبرع إذا كانت بغير مقابل ، فان الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر من غير عوض ، فهو يهب الحق لا يستوفيه . وعلى هذا الفرق الجوهرى تتركز الفروق الأخرى ما بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، من حيث قيام كل من الحوالة والحلول ، ومن حيث الآثار التى تترتب على كل منهما .

فمن حيث قيام الحوالة والحلول ، تقوم حوالة الحق على اتفاق ما بين الدائن الأصلى والدائن الجديد يحول بموجبه الأول للثانى الحق الذى له ، وليس من الضرورى رضاء المدين بالحوالة ويكفى إعلانه بها لتكون نافذة فى حقه . أما الحلول فتارة يكون بحكم القانون إذا قام بالوفاء شخص غير المدين فى حالات معينة (أنظر المادة ٣٢٦ مدنى وسيأتى تفصيلها فى موضعه) ، وطوراً يكون باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد يستوفى بموجبه الأول حقه من الثانى ويحله محله فيه (م ٣٢٧ مدنى) ، أو باتفاق بين المدين والدائن الجديد يقترض بموجبه الأول مالا من الثانى يوفى به الدين ويحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال المقترض قد خصص لوفاء الدين وفى المخالصة أن وفاء الدين كان من هذا المال المقترض (م ٣٢٨ مدنى) .

ومن حيث الآثار التى تترتب على كل من الحوالة والحلول ، يرجع الدائن الجديد فى حوالة الحق على المدين بكل الحق ، لأنه يكون إما قد اشتراه من الدائن القديم ، أو وهب له منه . أما فى الوفاء مع الحلول ، فلا يرجع الدائن الجديد إذا كان قد وفى الحق بأقل من قيمته إلا بمقدار ما وفى وليس بكل الحق ، لأنه بعيد عن فكرة المضاربة ، فلا يأخذ إلا مقدار ما أعطى (١).

وسنعود ببيان أوفى إلى المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق (٢) . وننتقل الآن ، بعد هذه المقارنات العاجلة ، إلى تفصيل أحكام الحوالة ، بادئين بحوالة الحق ، ونعقبها بحوالة الدين .

---

(١) انظر فى كل ذلك دى باج ٣ فقرة ٣٧٧ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٤٠٦ — فقرة ٤٠٩ .

الباب الأول

حوالة الحق (*)

(Cession de creance)

٢٤٥ – أطراف حوالة الحق : فى حوالة الحق ، يتفق الدائن مع أجنبى على أن يحول له حقه الذى فى ذمة المدين ، فيحل الأجنبى محل الدائن فى هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه كما قدمنا .

ويسمى الدائن محيلا (cédant) لأنه يحيل الأجنبى بالحق الذى له على المدين .

ويسمى الأجنبى وهو الدائن الجديد محالا له (cessionnaire) لأن الدائن أحاله بحقه .

ويسمى المدين محالا عليه (cédé) ، لأن الدائن الأصلى أحال عليه الدائن الجديد .

(*) مراجع : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وفقرة ٣٥٩ مكررة — بودرى وسينيا فقرة ٧٤٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٥ وما بعدها — بيدان ودى لاجريسيه ١١ فقرة ٣٥٢ وما بعدها – دى باج ٣ فقرة ٣٧١ وما بعدها – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٠٨ – فقرة ١٣١٠ وفقرة ١٦٩٦ – فقرة ١٧٤٠ – كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ٦٢٢ — فقرة ٦٤١ — جوسران ٢ فقرة ٨٠٢ — فقرة ٨٢٦ — كامبيون (Campion) فى علم الغير بحوالة الحق غير المعلنة رسالة من ليل سنة ١٩٠٩ — لاب (Lapp) بحث فى حوالة العقد الملزم للجانبين إلى خلف خاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٥٠ انسيكلوبيدى داللوز (Cession de Créance) .

الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤١ — ص ٢٦٧ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٣١١ — ٣٢٢ . الموجز للمؤلف ص ٥٢٧ — ٥٤٨ – الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت ص ٥٣٩ – ص ٥٦٠

٢٤٦ – الأغراض المختلفة لحوالة الحق : وحوالة الحق، وإن كانت صورتها واحدة لا تتغير، متنوعة الأغراض والمقاصد. فقد يقصد الدائن أن يبيع حقه من المحال له الدائن الجديد، وقد يقصد أن يهبه إياه، أو يرهنه عنده، أو يوفى به ديناً عليه لهذا الدائن الجديد فتكون الحوالة وفاء بمقابل لهذا الدين. والعبرة بالإرادة الحقيقية للمحيل والمحال له، والتعرف على هذه الإرادة مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها من محكمة النقض(١).

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص٤٨٥ – أنسيكلوبيدى داللوز (Cession de Créance) فقرة ٧ — فقرة ٩ وفقرة ١٢ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الحوالة بالحق حاصلة بقصد الوفاء للمحتال، فإنها تنقل إليه الملكية فى الدين، ويكون للمحتال أن يباشر بموجبها التنفيذ ... ومتى استخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً من أوراق الدعوى وظروفها أن المقصود من الحوالة إنما كان استيفاء المحتال حقاً له قبل المحيل من الدين المحال بطريق التنفيذ بمقتضى عقد الحوالة الرسمى الذى أحله محل الدائن فى كل ماله من حقوق قبل المدين، فإن المجادلة فى ذلك لا تكون إلا مجادلة موضوعية (نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص ٣١٧).

وأياً كان الغرض من الحوالة، فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالة : بيعاً كانت أو هبة أو رهناً أو وفاء بمقابل أو غير ذلك، كاتفاق المحيل مع المحال له على الحوالة وكيف تصير الحوالة نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير. ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد بالقواعد الخاصة به، فالبيع يقتضى الثمن والضمان، والهبة تقتضى نية التبرع، والوفاء بمقابل يقتضى وجود دين فى ذمة المحيل للمحال له يوفيه بالحوالة، والرهن يقتضى أيضاً وجود دين فى ذمة المحيل للمحال له يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة. والأهلية اللازمة للحوالة هى الأهلية اللازمة للعقد الذى تنطوى عليه فقد تكون أهلية التصرف أو أهلية التبرع بحسب الأحوال (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص ٤٨٥ – الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٧).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كان الغالب فى هذه الحوالة أن تتم فى مقابل مبلغ من المال يؤدى بوصفه ثمناً، وأن تتوافر فيه مقومات البيع من هذا الوجه، إلا أنها قد تنعقد أحيانا للاعتياض فتكون وفاء بمقابل، وقد ينتفى فيها المقابل فتكون هبة. وقد يقع أن يقصد منها إلى مجرد إنشاء تأمين خاص، وفى هذه الحالة تنشىء للمحال رهناً، ولا يترتب عليها نقل الملك فى الحق المحال به. ومرجع الحكم فى كل أولئك هو نية المتعاقدين. ويتفرع على هذا أن تعيين القواعد الواجب تطبيقها فى هذا الشأن يناط بطبيعة التصرف الذى يزمع عقده. وإذا كان من بين هذه القواعد ما يتعين تطبيقه فى جميع الأحوال دون تفريق، كما هو الشأن فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بنفاذ الحوالة فى حق الغير، فثمة قواعد أخرى يختلف حظها من التطبيق تبعاً لطبيعة المقصود، ومن ذلك مثلا قواعد الضمان. وغنى عن البيان أن الطائفة الأولى من تلك القواعد ترتفع عن الخصوصيات على نحو يؤهلها لأن=

قد يقصد المحيل أن يبيع حقه من المحال له ، وعند ذلك يتقاضى ثمناً لهذا الحق ، ويكون عليه ضمان البائع . وفائدته من ذلك أن يكون فى حاجة عاجلة إلى المال ، فيحصل عليه من المحال له ثمناً لحقه الذى لم يحل أجله . وقد يكون الحق قد حل أجله ، ولكن قامت صعوبات عملية أمام المحيل للحصول على حقه من مدينه ، فيحول هذا الحق للمحال له ويكون هذا عادة أقدر على تقاضى الحق من المدين . أما فائدة المحال له من شراء الحق فهو مايجنيه من الكسب ، إذ هو لابد فى تقدير الثمن مستنزل فى القليل فوائد الحق إلى يوم حلوله ، وقد يستنزل مقداراً أكبر إذا قدر أن هناك صعوبات عملية فى الحصول على الحق من المدين وأنه سيتجشم جهداً ومالا ووقتاً قبل أن يصل الحق إليه . فالمحال له يكون عادة فى حالة البيع مدفوعا بفكرة المضاربة (spéculation) ، يستهدف بعض المخاطر سعياً وراء الربح والكسب .

وقد يقصد المحيل أن يهب الحق له ، وتختلف هذه الحالة عن سابقتها كل الاختلاف . فالمحيل مسوق بنية التبرع ، لم تدفعه حاجة إلى المال ، ولم يحفزه على النزول عن حقه صعوبات فى الحصول عليه . وكذلك لا يكون المحال مطويا على فكرة المضاربة ، فهو يتلقى تبرعاً لايدفع فيه ثمناً .

وقد يقصد المحيل أن يرهن الحق عند المحال له (١)، فقد يكون فى حاجة إلى المال وحقه فى ذمة مدينه لم يحل أجله ولا يريد بيعه ، فيعمد إلى اقتراض حاجته من المحال له راهناً عنده حقه . فاذا حل أجل القرض ، فأما أن يكون المحيل مستطيعاً رده للمحال له فيفك الرهن عن حقه المرهون (٢)، وإما ألا

= تشغل مكانا طبيعياً فى نطاق النظرية العامة للالتزام . ولهذه العلة اقتصر المشروع فى هذا المقام على الوقوف لدى الأحكام الخاصة بانتقال الالتزام فى ذاته (انظر المادة ٤١٣ من التقنين الألمانى والمادة ١٠٧٨ من التقنين البرازيلى) دون أن يعتد فى ذلك بسبب الانتقال أو ترتيب الحق ، بيعاً كان أو هبة أو مقايضة أو شركة أو رهناً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٩ — ص ١١٠) .

(١) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٦٤ ص ٥٤٤ — استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٠م ٥٢ ص ٢٧٠ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٢ .

يكون مستطيعاً رد القرض فينفذ المحال له على الحق المرهون وفقا للأحكام المقررة فى رهن الدين (١) (م ١١٢٣ — ١١٢٩ مدنى) . بل تجوز حوالة حق واحد مرتين . الأولى على سبيل الرهن والأخرى على سبيل البيع ، فيكون حق المحال له المشترى فى الحوالة الثانية خاضعاً لحق المحال له المرتهن فى الحوالة الأولى (٢).

وقد يكون على المحيل للمحال له دين سابق أو لاحق للحق الذى له فى ذمة مدينه . ويحل أجل هذا الدين . فلا يجد المحيل أمامه طريقاً للوفاء بدينه للمحال له خيراً من أن ينزل له عن حقه فى مقابل هذا الدين ، ويرضى المحال له بالحوالة ، فيكون قد استوفى حقه فى ذمة المحيل بحق المحيل فى ذمة المحال عليه . وهذا هو الوفاء بمقابل (٣) .

---

(١) وعلى المحال له المرتهن أن يجدد قيد الرهن الضامن للحق محل الحوالة حتى قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨) . أما إذا استوفى المحال له حقه الذى ارتهن فيه الحق محل الحوالة ، فالتزام تجديد القيد يقع على المحيل بعد ذلك (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٠) . ويعود للمحيل بوجه عام الصفة الكاملة فى أن يتخذ أى إجراء بشأن الحق (استئناف مختلط نفس الحكم السابق) . وللمحال له المرتهن أن يستوفى كل الحق محل الحوالة ولو زاد على حقه المضمون بالرهن ، ثم يرد الزيادة إلى المحيل الراهن (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١) . ولا يجوز للمحال له المرتهن أن يحول الحق محل الحوالة إلى محال له ثان بأقل من قيمته دون رضاء المحيل الراهن (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١ — أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٨٩ .

هذا وقد يقصد بالحوالة أغراض أخرى : فقد تكون الحوالة مقايضة ، فيحول المحال له إلى المحيل حقاً فى مقابل الحق الذى حول له (هيك ١ فقرة ٢٦٦) . وقد تكون الحوالة قرضاً ، فيقبض المحال له الحق من المحال عليه على أن يرد مثله إلى المحال له فى الأجل المضروب . وقد تكون الحوالة شركة . فيدفع المحيل حصته فى الشركة الحق الذى حوله لها . وقد تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل ، فيكون المحال له وكيلا عن المحيل فى تحصيل الحق محل الحوالة ، وتقديم حساب عنه للمحيل (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) . فإذا كان سند الدين محرراً لأمر وإذن الدائن ، وحوله هذا تحويلا لم يذكر فيه تاريخه ولا أن القيمة وصلت ، كان تحويلا ناقصاً لا يوجب انتقال الملكية للمحال له ، بل يعتبر توكيلا فى قبض الدين عملا بالمادة ١٣٥ تجارى ، فيجوز أن توجه للمحال =

٢٤٧ — أركان حوالة الحق والآثار التي تترتب عليها : ونبحث في حوالة الحق في فصلين متعاقبين : (أولا) أركان الحوالة — (ثانيا) الآثار التي تترتب عليها .

محله جميع الدفوع التي يجوز التمسك بها قبل المحيل : استئناف وطني ٨ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٢٥ ص ٢٩٣ — ٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٨ ص٧٨ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٦٧ص ١٢٣ — طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٧٧ ص ٣٥٢ — مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٥١ ص ١٠٦ العطارين ٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٦ — وقضى بأن اشتراط ذكر عبارة « القيمة وصلت » في التحويل ليكون تاما إنما محله السندات التجارية : بني مزار ٥ ٢ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٨ ص ٥١٢ . وإذا اعتبر التحويل الحاصل من الدائن توكيلا فقط لعدم النص على وصول القيمة ، فإن هذا لا يمنع المحال له من رفع الدعوى باسمه الشخصي على المحال عليه وتقاضي الدين باسمه خاصة ، وكل ما للمدين في هذه الحالة هو أن يدفع قبل المحال له بالدفوع التي له قبل المحيل (طنطا ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٩٣ ص ١٨٢) .

وعدم ذكر ثمن للحوالة لا يجعلها باطلة ، فقد تكون هبة أو رهنا أو وفاء بمقابل أو غير ذلك ، وتعتبر في أقل تقدير وكالة بالقبض لتحصيل الحق محل الحوالة (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٣ — ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٦ — ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) . ولكن إذا كانت الحوالة ضماناً لاعتماد يفتح في مصرف ، وجب أن يذكر مقدار هذا الاعتماد حتى تكون الحوالة صحيحة ، لأن المحال له ليس له في الحوالة إلا هذا المقدار (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٤) .

الفصل الأول

أركان حوالة الحق

٢٤٨ – أركان حوالة الحق هى أركان الاتفاق بوجه عام: حوالة الحق هى ، كما قدمنا ، اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذى فى ذمة المحال عليه إلى المحال له . فأركان هذه الحوالة هى أركان أى اتفاق (convention) يتم بين طرفين ، وأركان الاتفاق هى نفس أركان العقد .

ومن ثم تكون أركان حوالة الحق هى التراضى والمحل والسبب . ولا بد أن يصدر الرضاء من ذى أهلية له حسب العقد الذى تنطوى عليه الحوالة من بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال (١) . كذلك يجب أن تتوافر فى المحل شرائطه العامة ، ومحل حوالة الحق هو الحق الذى فى ذمة المحال عليه للمحيل ، وهناك شرائط خاصة بهذا المحل هى التى سنعرض لها هنا . والسبب فى الحوالة هو الباعث الذى دفع المحيل والمحال له إلى إبرامها ، أى الباعث الذى دفعهما إلى البيع أو الهبة أو الرهن أو الوفاء بمقابل أو غير ذلك من الأغراض المختلفة التى تحققها الحوالة (٢) .

ونحيل فى كل ما قدمناه على القواعد العامة التى سبق بسطها فيما يتعلق بالعقد، فحوالة الحق ليست إلا عقداً أو اتفاقاً (٣) . ونكتفى هنا ببحث مسألتين :

---

(١) ويعتبر غلطاً جوهرياً أن يكون الرهن الضامن للحق المحال به قد سقط دون أن يعلم المحال بسقوطه (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣) . ويعتبر تدليساً ألا يطلع المحامى موكله على المركز الصحيح لحقه فى قائمة التوزيع ، ليحمله بذلك على أن يحول له هذا الحق (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٣) .

(٢) وتعتبر الحوالة فى القوانين الجرمانية مصدراً لالتزام مجرد .

(٣) والحوالة اتفاق لأنها تنقل الالتزام ، ولا تنشئه كالعقد . على أنه لا توجد أهمية عملية فى التمييز ما بين الاتفاق والعقد . وسنعود إلى هذه المسألة : أنظر ما يلى فقرة ٣٠٢ .

(١) محل الحوالة ، وذلك لبحث الشرائط الخاصة بحوالة الحق التى سبقت الإشارة إليها . (٢) التراضى ، وذلك لتعدد أطراف الحوالة فنرى ممن يصدر التراضى ، ومتى تنعقد الحوالة ، ومتى تنفذ فى حق المحال عليه وفى حق الغير .

الفرع الأول

محل حوالة الحق

٣٤٩ — النصوص القانونية: تنص المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام . وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين» .

وتنص المادة ٢٠٤ على ما يأتى:

« لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١/٣٤٩و٢ وطنى والمادة ٤٣٥ مختلط (٢).

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٣ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١١ وص ١١٤) .

م ٣٠٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض اختلاف لفظى طفيف ، عدل فى لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص ٣١٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ — ص ١١٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ١/٣٤٩ و٢ وطنى (دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة . فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير اليمين .

م ٤٣٥ مختلط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشترى بمجرد تراضيهما .

وسنعلق فى مكان آخر على نصوص التقنين المدنى السابق فيما يتعلق برضاء المدين .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٩٠ — ٢٩١ — مدنى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٦٢ و٣٦٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٨٠ — ٢٨١ (١).

ويتبين من النصوص المتقدمة أن حوالة الحق محلها حق الدائن ، فهذا الحق الشخصى هو الذى ينتقل بالحوالة من الدائن الأصلى إلى الدائن الجديد .

والأصل أن كل حق شخصى قابل للحوالة ، ومع ذلك لا يكون قابلا لها فى بعض حالات استثنائية . فنستعرض الأصل ، ثم نورد الاستثناءات .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٠٣ — ٣٠٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٢٩٠ — ٢٩١ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٦٢ و ٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٢٨٠ : يجوز للدائن أن يتفرغ لشخص آخر عن دين له ، إلا إذا كان هذا التفرغ ممنوعاً بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين أو لكون الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغيير .

م ٢٨١ : ويجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف ما وإن تكن استقبالية محضة . ويصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس فى شأنه ، بشرط أن يرضى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . على أنه لا يمكن التملص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع فى إحرازه الحقوق المتنازع عليها ، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكا له فى ملك أو دائناً له .

وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى . وفيما يتعلق ببيع الحقوق المتنازع عليها الذى وردت أحكامه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ لبنانى انظر المادتين ٤٦٩ — ٤٧٠ مصرى ، وهى مسألة تخرج عن نطاق البحث . انظر فى التقنين اللبنانى الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ١٩ — ص ٢٥ .

§ ١ – الأصل العام – الحق الشخصى قابل للحوالة

٢٥٠ – كل حق شخصى قابل فى الأصل للحوالة : الحق الشخصى (créance) أياً كان محله ، قابل فى الأصل للحوالة به من دائنه الأصلى إلى دائن جديد .

ويغلب فى حوالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغاً من النقود . ولكن يجوز أن يكون محل الحق أشياء مثلية غير النقود (١) . بل ويجوز أن يكون محل الحق عينا معينة بالذات، بشرط أن يكون الحق شخصياً لا عينياً (٢) . مثل ذلك الوعد ببيع دار ، يجعل للموعود له حقاً شخصياً قبل الواعد متعلقا بهذه الدار ، فيجوز للموعود له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر (٣).

كذلك يجوز أن يكون محل الحق عملا أو امتناعاً عن عمل (٤) . فيجوز للمستأجر ، وهو دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، أن ينزل

---

(١) وذلك كسند تعهد موقعه بموجبه أن يورد قطناً لشونة الدائن ، فيجوز للدائن حوالة هذا السند (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٢٠) .

(٢) أما التنازل عن الحقوق العينية فتخضع لإجراءات الشهر والتسجيل إذا كانت عقارية ، لا لأجراءات الحوالة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٩ وهامش رقم ١٢ — بودرى وسينيا فقرة ٧٥٥ — دى باج ٣ فقرة ٣٨١) .

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز Cession de créance فقرة ٥٩ وما بعدها — والمشترى لمحصول مستقبل دائن قبل ظهور المحصول ، فإذا نزل عن حقه الشخصى اتبعت قواعد حوالة الحق . أما بعد ظهور المحصول ، فإن حق المشترى يصبح حقاً عينياً ، إذ تنتقل ملكية المحصول المشترى ولو قبل أن يتسلمه ، فإذا نزل عن حقه لشخص آخر اتبعت إجراءات نقل الحقوق العينية لا إجراءات الحوالة (قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٤٨٩ هامش رقم ٣) .

ويجوز فى البيع غير المسجل لعقار معين بالذات أن يحول المشترى حقه الشخصى وفقاً لإجراءات الحوالة لا لإجراءات التسجيل ، لأن البيع غير المسجل يقتصر على إنشاء حقوق شخصية ، فتكون قابلة للحوالة (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤) .

(٤) لوران ٢٤ فقرة ٤٨٠ — هيك ١ فقرة ٣١٢ — جيللوار ٢ فقرة ٧٦٢ — بودرى وسينيا فقرة ٧٥٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٢ — عكس ذلك أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٥٩ .

عن حقه إلى شخص آخر ، وهذا هو التنازل عن الإيجار نظمه التقنين المدنى فى المواد ٥٩٣ — ٥٩٥ و ٥٩٧ (١) . ويجوز لمشترى المتجر ، إذا اشترط على بائعه عدم المنافسة وهذا التزام بامتناع عن عمل ، أن ينزل عن المتجر الذى اشتراه لشخص آخر ، ويعتبر أنه قد نزل له فى الوقت ذاته عن حقه الشخصى قبل البائع بعدم المنافسة . وإذا اشترط مالك العقار على جاره قيوداً فى البناء ، كمنعه من مجاوزة حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، وكانت القيود حقوقاً شخصية ، وليست حقوق ارتفاق وفقاً للمادة ١٠١٨ مدنى ، فان هذه القيود تكون التزامات بالامتناع عن عمل ، ويجوز لمالك العقار عند نزوله عن عقاره لشخص آخر أن ينزل له عنها مع العقار ، بل هى تنتقل حتماً معه وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة (م ١٤٦ مدنى) .

ويستوى كذلك ، فى القابلية للحوالة ، أن يكون الحق مدنياً أو تجارياً ، أو أن يكون الحق مدوناً فى سند مكتوب — حكم قضائى أو سند رسمى أو سند غير رسمى — أو غير مدون أصلا . فتجوز حوالة الحقوق التى لا دليل عليها إلا البينة أو القرينة . وكذلك تجوز حوالة الأوراق التجارية من كمبيالات وسندات وشيكات وحوالة الأسهم والسندات ، وإن كانت الحوالة فى هذه الأوراق لها إجراءات خاصة كما سنرى .

ويستوى أخيراً ، فى القابليـة للحوالة ، أن يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط (٢) أو مقترناً بأجل ، بل إن أكثر ما ترد الحوالة عليه هى الحقوق المؤجلة (٣) .

---

(١) أما الإيجار من الباطن فهو إيجار المستأجر لحقه لا نزوله عن هذا الحق ، فيختلف عن التنازل عن الإيجار (أنظر دى باج ٣ فقرة ٣٨٢) .

(٢) فيجوز للسمسار أن ينزل عن حقه فى السمسرة إذا ما تمت الصفقة التى توجب له هذا الحق ، فهو فى هذه الحالة ينزل عن حق معلق على شرط (أنسيكلوبيدى داللوز ١ cession de créanc فقرة ٥١) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ .

٣٥١ — الحقوق المستقبلة : وكما تجوز حوالة الحق المؤجل والحق المعلق على شرط ، كذلك تجوز حوالة الحق المستقبل(١) . والفرق بين الحق المستقبل (créance future) والحق الشرطي (créance conditionelle) هو ، كما قدمنا عند الكلام في الشرط ، أن الحق الشرطي له وجود قانوني في الحال ، وإن كان هذا الوجود غير بات وغير كامل ، فاذا ما تحقق الشرط أصبح الوجود باتا كاملا وبأثر رجعي من وقت نشوء الحق . وأما الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي فليس له وجود قانوني في الحال ، وإنما هو حق يحتمل وجوده في المستقبل ، وإذا وجد فليس لوجوده أثر رجعي ، بل يوجد من وقت تحقق الواقعة التي أنشأته . وقد قدمنا أن الشرط في الحق الشرطي أمر عارض ، وهو وصف يدخل على الحق بعد تمامه وبعد أن تتكامل عناصره . أما الحق الاحتمالي فالواقعة التي تحقق وجوده هي عنصر جوهري فيه ، وليست أمراً عارضاً كالشرط . فالموصى له قبل موت الموصى حقه مستقبل احتمالي ، والشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه حقه كذلك مستقبل احتمالي(٢) .

ومن ثم كان تصور حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي أصعب من تصور حوالة الحق الشرطي . ومن ثم أيضاً ذهب القضاء الفرنسي ، في بعض أحكامه ، إلى وجوب أن تتحقق عناصر الحق الاحتمالي ولو تحققا جزئياً ، حتى يكون هذا الحق قابلا للحوالة(٣) .

---

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني صراحة على هذا الحكم ، فقضت بأنه « يجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف ما ، وإن تكن استقبالية محضة » . والنص الفرنسي للعبارة الأخيرة هو ما يأتي : "quand bien même ils seraient purement éventuels" .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦ .

(٣) فلا يجوز للمؤلف أن ينزل عن حقوقه قبل الناشر إلا بعد إمضاء عقد النشر ، ولا يجوز للمقاول أن ينزل عن حقه قبل صاحب العمل إلا بعد إبرام الصفقة معه (محكمة النقض الفرنسية ٧ أغسطس سنة ١٨٤٣ سيريه ٤٣ — ١ — ٧٧٥) .

وانظر بودري سينيا فقرة ٧٦٠ — فقرة ٧٦٢ — أنسيكلوبيدي داللوز ١ cession de créanec فقرة ٧٠ — فقرة ٧٧ .

ولكن الفقه الفرنسي بوجه عام ، ومعه كثير من أحكام القضاء فى فرنسا ، ذهب إلى جواز حوالة الحق الاحتمالى حتى قبل أن يتحقق أى عنصر من عناصره(١). وهذا هو الرأى الصحيح ، فان التعامل فى الأشياء المستقبلة جائز ، والحوالة ليست إلا ضرباً من ضروب التعامل ، فتجوز تأسيساً على ذلك حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالى .

ويؤيد هذا الرأى فى التقنين المدنى المصرى نصان : (أولهما) المادة ٩٤٨ وتنص على أن « يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة . . . إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع » . فهنا النزول — وإن كان إسقاطا لا حوالة — يرد على حق احتمالى . (والنص الثانى) المادة ١٠٤٠ وتقضى بأنه « يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى » . فهنا أيضاً للحق الاحتمالى كيان يسمح بأن يترتب له ضمان ، فيصح إذن أن يكون محلا للتعامل(٢) .

وقد ذهب القضاء فى مصر إلى جواز أن يحول مالك العقار مقدماً الريع الذى ينتجه عقاره فى المستقبل ، وتكون هذه الحوالة سارية حتى فى حق الدائنين المقيدين قبل الحوالة(٣) . وذهب أيضاً إلى جواز أن يحول المقاول إلى أحد المصارف الأجرة التى ستستحق له فى نظير الأعمال التى سيعهد بها إليه صاحب العمل ، وذلك ضماناً لحساب جار يفتحه له المصرف(٤) .

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ص ١٣٣ — هيك ١ فقرة ١٥٩ وفقرة ١٧٥ — جيللوار ٢ فقرة ٧٥ — ديموج فى مقال له فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٥ و سنة ١٩٠٦ — فال فى تعليق له فى سيريه ١٨٩٦ — ٢ — ١٨٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٤ ص ٤٩٣ — ص ٤٩٤ — محكمة النقض الفرنسية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ — ١ — ٤٤٤ — ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ — ١ — ٤٦٣ — ١٣ نوفبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٦٠٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٨ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٧ — أما الموصى له فلا يجوز أن يتصرف فى الوصية قبل موت الموصى ، لجواز رجوع الموصى فى الوصية ، ولأن هذا تعامل فى تركة مستقبلة لم يجزه القانون كما أجاز الوصية .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٧ .

(٤) استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٥ — ويجب إعلان هذه الحوالة لصاحب العمل حتى تنفذ فى حقه ، ولا يكفى إعلانها لوكيل عنه تقتصر وكالته على رقابة العمل ودفع الأقساط للمقاول (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠٣) .

٢٥٢ – حوالة الحقوق الناشئة عن عقود ملزمة للجانبين : فى العقد الملزم للجانبين يكون كل متعاقد دائناً ومديناً فى وقت واحد . فى عقد الإيجار مثلا ، المستأجر دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، ومدين له بالأجرة . وفى عقد التوريد ، المورد دائن بالثمن ، ومدين بتوريد ما تعهد بتوريده . وفى عقد المقاولة ، المقاول دائن بالأجرة ومدين بالعمل . وفى عقد التأمين ، المؤمن له دائن بمبلغ التأمين ، ومدين بالأقساط . وهكذا . فهل يجوز لهؤلاء الدائنين المدينين أن يحولوا لغيرهم ما لهم من حقوق ، مع استبقاء ما فى ذمتهم من التزامات ؟ .

لا شك فى أنه يجوز لهم ، فى التقنين المدنى الجديد ، بفضل حوالة الحق وحوالة الدين معاً ، أن يحولوا العقد كله للغير . فيحولوا حقوقهم وفقاً لأحكام حوالة الحق ، ويحولوا ديونهم وفقاً لأحكام حوالة الدين (١) .

ولكن هل يجوز للدائن من هؤلاء أن يقتصر على حوالة حقه مع استبقاء الدين فى ذمته ؟ وهل يجوز للمستأجر أن يحول حقه بالنسبة إلى العين المؤجرة ، مع استبقاء الأجرة فى ذمته ؟ وهل يجوز للمورد أن يحول حقه فى الثمن ، مع بقائه ملتزماً بالتوريد ؟ وهل يجوز للمقاول أن يحول حقه فى الأجرة ، مع بقائه ملتزماً بالعمل ؟ وهل يجوز للمؤمن له أن يحول حقه فى مبلغ التأمين ، مع بقائه ملتزماً بدفع الأقساط ؟ .

فى التقنينات التى تجيز حوالة الدين كما تجيز حوالة الحق ، كالتقنين المدنى المصرى الجديد ، لا تقوم حاجة عملية إلى حوالة الحق دون الدين ، فإن الأيسر على ذوى الشأن أن يحولوا الحقوق والديون جميعاً ، أى الالتزامات الناشئة من العقد الملزم من الجانبين . وقد نظم التقنين المدنى المصرى الجديد تنظيما

---

(١) وهذا ما يسميه الفقه الحديث فى الوقت الحاضر بحوالة العقد ، وحوالة العقد ليست إلا حوالة لمجموع الحقوق والالتزامات الناشئة من هذا العقد (انظر فى حوالة العقد لاب Lapp فى حوالة العقد الملزم للجانبين لحلف خاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٥٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة — وانظر الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ – الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٥ – وانظر فى التقنين المدنى الإيطالى الجديد المواد ١٤٠٦ — ١٤١٠) .

تشريعياً حوالة أحد العقود الملزمة للجانبين ، وهو عقد الإيجار ، باسم التنازل عن الإيجار . فأجاز للمستأجر التنازل عن الإيجار ، ولكن أبقاه ضامناً لالتزامات المتنازل له إلا إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل أو استوفى الأجرة مباشرة من المتنازل له دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى (أنظر المواد ٥٩٣ و ٥٩٥ و ٥٩٧) مدنى (١)).

ولكن الحاجة العملية إلى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين إنما تقوم فى التقنينات التى تنظم حوالة الحق دون أن تنظم حوالة الدين ، كالتقنين المدنى الفرنسى (٢). فى هذه التقنينات لا يتيسر للمتعاقد ، وهو دائن ومدين فى وقت واحد ، أن يحول دينه ، فهل يستطيع مع ذلك أن يحول حقه ؟ دعا إلى التشكك فى هذا الأمر أن الحق والدين فى العقد الملزم للجانبين مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطا وثيقاً ، حمل بعض الفقهاء على القول بأنه لا فكاك بينهما ، وأنه لا يجوز فصلهما بتحويل أحدهما واستبقاء الآخر (٣).

والصحيح أنه تجوز حوالة الحق دون الدين فى الأحوال المتقدمة الذكر . وإذا كان الحق والدين مرتبطين أحدهما بالآخر فى العقد الملزم للجانبين ، فليس معنى ذلك أنهما غير قابلين للتجزئة (٤) . وغنى عن البيان أن حوالة الحق دون الدين جائزة فى التقنينات التى تنظم حوالة الدين كما تنظم حوالة الحق كالتقنين

---

(١) وقد ينظم التقنين تنظيماً تشريعياً حوالة العقد الملزم للجانبين بما ينشئه من حقوق وديون ، حتى لو كان هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين ، وذلك بفضل ما للمشرع من سلطان تشريعى . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق لا ينظم حوالة الدين ، ومع ذلك نظم حوالة عقد الإيجار ، وأسماها هو أيضاً « التنازل عن الإيجار » .

(٢) وحتى فى التقنينات التى نظمت حوالة الدين كما نظمت حوالة الحق ، كما هو شأن التقنين المدنى المصرى ، قد تقوم الحاجة إلى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين . ذلك أن المتعاقد ، فى عقد ملزم للجانبين ، يستطيع باعتباره دائناً أن يحول حقه دون رضاء المتعاقد الآخر ، ولكنه باعتباره مديناً لا يستغنى عن رضاء هذا المتعاقد الآخر فى تحويل دينه حتى تنفذ حوالة الدين فى حق دائنه . فإذا لم يكن المتعاقد الآخر راضياً بالحوالة ، فلا مناص من أن يكتفى المتعاقد الأول بحوالة الحق دون الدين .

(٣) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٨٢ .

(٤) بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ١١١٥

المدنى المصرى ، وإذا كانت حوالة كل من الحق والدين جائزة فى هذه التقنينات : فأولى أن تجوز حوالة الحق وحده .

٢٥٣ — حوالة الحقوق المتنازع فيها والحق الشخصى قابل للحوالة حتى لو كان حقاً ينازع فيه المدين . ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى (١) .

وإذا كانت حوالة الحق المتنازع فيه بيعاً . فقد اعتبر المشرع المشترى ، وهو يتصيد الحقوق المتنازع فيها ، مضارباً قد وصل فى المضاربة حداً لا تحمد معه مسايرته فيه . ومن ثم جعل للمدين الذى ينازع فى هذا الحق أن يتخلص من مطالبة المشترى ، إذا هو رد إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه — ويكون عادة ثمناً بخساً — مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدنى) . إلا أنه استثنى من هذا الحكم حالات لا تتمحض فيها فكرة المضاربة ، بل يكون للمشترى فى الصفقة التى عقدها مسوغ مشروع ، وذلك إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد ، أو إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر ، أو إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه فى ذمة أجنبى وفاء للدين المستحق فى ذمته ، أو إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار (٢).

---

(١) استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٣ — وقد كان رضاء المدين ضرورياً لانعقاد الحوالة فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق حتى لو كان الحق متنازعاً فيه : نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ — استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢٤ ص ٦١ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨٣ ص ١٩٨ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ — استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ — ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٢١ .

(٢) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ويصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس فى شأنه بشرط أن يرضى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . على أنه لا يمكن التملص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع فى إحرازه الحقوق المتنازع عليها كأن يكون وارثاً مع المتفرغ —

ولما كان بيع الحقوق المتنازع فيها ليس خاصا بالحقوق الشخصية ، بل هو عام يشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء، متى كانت حقوقاً متنازعاً فيها على النحو الذى أسلفنا ذكره ، ثم هو مقصور على عقد البيع ، فان هذه المسألة تخرج عن نطاق بحثنا ، فنكتفى هنا بما قدمناه ، وسنبحث المسألة فى تفصيل أوفى عند الكلام فى البيع .

٢٥٤ — الحقوق العينية لا تكون محلا لحوالة الحق : وقد قدمنا أن الحق الذى يكون محلا للحوالة لا بد أن يكون حقا شخصياً . أما الحقوق العينية فتنتقل من صاحبها إلى غيره بطرق وإجراءات أخرى غير الطرق والإجراءات التى تتبع فى حوالة الحقوق الشخصية .

وأهم فرق بين الحق العينى والحق الشخصى فى هذا الصدد أن الحق العينى لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات ، ومن ثم يتم نقله وينفذ بالاتفاق بين صاحب الحق ومن يتعاقد معه . أما النفاذ فى حق الغير ، فلا يمكن أن يكون ذلك باعلان الاتفاق إلى مدين معين كما هو الشأن فى حوالة الحق ، ولكن باجراءات أخرى . فاذا كان الحق العينى واقعاً على عقار ، حلت إجراءات التسجيل أو القيد محل إجراءات الإعلان . أما إذا كان الحق العينى واقعاً على منقول ، فان القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقه قبل الغير (١) .

= أو شريكا له فى ملك أو دائناً له » . ويبدو من هذا النص أنه يجوز للمحال عليه « التملص » من الحق المتنازع فيه ، بدفعه الثمن والفوائد والمصروفات ، ما لم يوجد عند المتفرغ له سبب مشروع فى شرائه الحق المتنازع فيه ، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكا له فى ملك أو دائناً له كما يذكر النص . ومع ذلك قارن الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٨ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٣٥ . وقد جاء فى المادة ٢٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى أن قواعد الحوالة « لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط ، بل تطبق أيضاً على التفرغ عن الحقوق بوجه عام ، إلا إذا كان فى القانون نص مخالف ، أو كان فى ماهية الحق ما يمنع تطبيقها » . ويقول الدكتور صبحى المحمصانى فى هذا الصدد : « ولكن القانون اللبنانى ، خلافاً لسائر القوانين العربية ، اعتبر قواعد حوالة الحق التى وضعها عامة تشمل أيضاً حوالة =

§ ٢ - الاستثناءات - الحالات التي يكون فيها الحق الشخصي غير قابل للحوالة

٢٥٥ - متى يكون الحق الشخصي غير قابل للحوالة :قدمنا أن المادة ٣٠٣ مدنى تقضى بأن الأصل فى الحق الشخصى أن يكون قابلا للحوالة ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، وأن المادة ٣٠٤ مدنى تقضى بأنه لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز.

فالحق الشخصى لا يكون إذن قابلا للحوالة : (١) إذا كانت طبيعته تستعصى على الانتقال من دائن إلى دائن . (٢) إذا نص القانون على عدم قابليته للحوالة ، ويعتبر النص على عدم قابلية الحق للحجز نصا على عدم قابليته للحوالة بحكم المادة ٣٠٤ مدنى . (٣) إذا اتفق المتعاقدان على أن الحق لا يجوز تحويله (١).

٢٥٦ - عدم القابلية للحوالة بسبب طبيعة الحق :قد يكون الحق بسبب طبيعته متصلا اتصالا وثيقاً بشخص الدائن ، فلا يمكن فى هذه الحالة أن

= جميع الحقوق . فنص على أن القواعد المتقدم ذكرها لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط ، بل تطبق أيضاً على التفرغ عن الحقوق بوجه عام ، إلا إذا كان فى القانون نص مخالف أو كان فى ماهية الحق ما يمنع تطبيقها : م ٢٨٦ . ومن أمثلة الحقوق التى وضع لها القانون أحكاماً خاصة الحقوق العينية التى لا تنتقل إلا بتسجيلها فى السجل العقارى وحقوق الملكية الصناعية والتجارية والفنية والأدبية التى يجب تسجيلها فى الدائرة المختصة وما أشبه » (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٢٣ — ص ٢٤) . والظاهر أن نص التقنين اللبنانى مأخوذ من المادة ٤١٣ من التقنين المدنى الألمانى (انظر فى التعليق على هذه المادة التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٣ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٧) . وانظر الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٨ — ص ٩ .

أما الحقوق العينية التبعية ، كالرهن والاختصاص والامتياز ، فتنتقل تبعاً للحق الشخصى إلى من حول له هذا الحق ، مع التأشير فى القيد ليكون الانتقال نافذاً فى حق الغير (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٠ — ٢ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٩) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ — ص ١١٠ .

ينزل عنه إلى شخص آخر . من ذلك حق الدائن فى النفقة ؛ وحقه فى التعويض عن الضرر الأدبى الذى لحق به ما دام لم يتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو يطالب به الدائن أمام القضاء (م ٢٢٢ /١ مدنى) . كذلك يعتبر حق الشريك فى شركة الأشخاص ، وحق المزارع فى المزارعة ، وحق المستأجر فى إيجار اعتبرت فيه شخصيته ، ونحو ذلك من العقود المنظور فيها إلى شخصية المتعاقد (intuitu personae) ، كل هذه حقوق لا يجوز للدائن تحويلها إلى شخص آخر .

٢٥٧ — عدم قابلية الحق للحوالة بنص فى القانون أو لعدم قابليته للحجز

هناك حقوق شخصية نص القانون بالنص صراحة على عدم جواز حوالتها ، لاعتبارات ترجع فى الغالب إلى أنها تتصل اتصالاً توثيقاً بشخص الدائن .

من ذلك حق المستعير فى استعمال الشىء المعار ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ مدنى على أنه لا يجوز للمستعير « دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع » .

ومن ذلك حق المستأجر فى الانتفاع بالعين المؤجرة ، فقد نصت قوانين الإيجار الإستثنائية على عدم جواز تنازل المستأجر عن حقه فى الإيجار بغير أذن كتابى صريح من المالك وإلا جاز للمؤجر طلب الإخلاء (القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المادة الثانية) ، وذلك لأن المشرع قد ضمن للمستأجر شخصياً السكن بأجرة مخفضة فلا يجوز له اتخاذ هذه الميزة وسيلة للاستغلال بالنزول للغير عن الإيجار (١) .

ومن الحقوق التى لا تقبل الحوالة لطائفة معينة من الأشخاص ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى شرح قانون إيجار الأماكن طبعة ثانية فقرة ٤٦ ص ١٠٧ — وعلى العكس من ذلك ، قد يباح للمستأجر فى حالات استثنائية أن ينزل عن الإيجار ولو كان ممنوعاً من ذلك بشرط فى العقد . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ مدنى على أنه « إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشىء به مصنع أو متجر ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة ، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن تقضى بإبقاء الإيجار ، إذا قدم المشترى ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق » .

ولا لكتبة المحاكم أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا » . فتحريم الحوالة هنا مقصور على عمال القضاء .

وقد قدمنا أن هناك حقوقاً تأبى طبيعتها أن تقبل الحوالة . وقد يتولى القانون بنص منه بيان هذه الحقوق . من ذلك ما نصت عليه المادة ٦٢٥ مدنى من أنه « لايجوز فى المزارعة أن ينزل المستأجر عن الإيجار أو يؤجر من الباطن إلا برضاء المؤجر » . ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدنى من أنه « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً ، ولكن لايجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

ويلحق بالحقوق غير القابلة للحوالة بنص القانون الحقوق غير القابلة للحجز عليها بنص القانون ، وذلك بمقتضى المادة ٣٠٤ مدنى كما سبق القول . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٦ مرافعات من أنه « لايجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها فى غرض معين ، ولا على المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة ، إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة » . ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٨ مرافعات من أنه « لايجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من الديون » . ومن ذلك ما قضى به القانون من عدم جواز الحجز على مرتبات الموظفين والمستخدمين إلا بقدر الربع فى نفقة أو فى دين مستحق للحكومة بسبب الوظيفة (١) . وغنى عن البيان أن الحق الذى يكون

---

(١) وقد ربط القانون فى الحقوق الشخصية بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة ، وهذا بخلاف الحقوق العينية ، فإن الأصل العام فيها أن مالا يجوز الحجز عليه من الأموال يجوز مع ذلك التصرف فيه . وينبنى على أن الحق الشخصى غير القابل للحجز لايكون قابلا للحوالة أن المبالغ المودعة فى صندوق التوفير تصبح غير قابلة للحوالة ، لأن الحجز عليها ممتنع بنص القانون (الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢٠) . وانظر : استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧١ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٠ . وقارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فى البيع فقرة ٦١٨ ص ٥٥٦ وص ٥٥٧ .

غير قابل للحجز عليه فى شق منه فحسب ، لا تمتنع حوالته إلا فى الحدود التى يكون فيها غير قابل للحجز (١) .

٢٥٨ — عدم قابلية الحق للحوالة باتفاق المتعاقدين : وقد يتفق المتعاقدان ، الدائن والمدين ، على أنه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذى فى ذمة المدين ، أو على أن الحوالة لا تجوز إلا برضاء المدين . ولما كانت قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام ، فان الاتفاق على عدم قابليته للحوالة جائز (٢) .

من ذلك اشتراط المؤجر على المستأجر ألا ينزل عن الإيجار لغيره ، وتنص المادة ٥٩٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، مالم يقض الاتفاق بغير ذلك » (٣) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ .

(٢) وكذلك كان الاتفاق — فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق حيث كانت الحوالة لا تنعقد إلا برضاء المدين — على أن الحق يكون قابلا للحوالة دون رضاء المدين اتفاقاً جائزاً ، وكان النص فى سند الدين على أنه تحت إذن الدائن يعد رضاء مقدماً بقبول الحوالة . انظر فى ذلك : بنى سويف ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٥٠ — الإسكندرية ١١ نوفبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ٧٧ — جرجا ٢٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ — طنطا ٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٩ ص ٤١٨ — بنى سويف ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٩ ص ٨٨٨ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ — أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٤٦ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ — ٢٥ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١١ — ٧ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١١ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩ — ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٠ — ٣٠ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٢٤ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ — ١٧ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٣ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٥ — ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٠٩ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ — ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٨ — ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ — ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٤ .

(٣) انظر أيضاً استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٥ ، ويقضى الحكم بعدم جواز حوالة ما تودعه الشركة لحساب المستخدم فى صندوق الادخار تحت شرط عدم جواز حوالته (الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢١ هامش رقم ١) . =

وبعد أن جعل التقنين المدنى الجديد حوالة الحق جائزة بغير رضاء المدين ، أصبح للمدين ، إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه ، أن يشترط فى عقد الاتفاق على المدين منذ البداية عدم جواز حوالة هذا الحق . وهذا الشرط جائز معتبر ، لأن النظام العام ، كما قدمنا ، لا يقتضى منعه (١) . وهذا بخلاف حق التصرف فى الحقوق العينية ، فان النظام العام يقتضى التضييق من منع التصرف فيها حتى يسهل تداول الأموال (٢) . ومن ثم كان شرط منع التصرف فى المال مقيداً بوجوب قيامه على باعث مشروع وبقصره على مدة معقولة . وقد نصت المادة ٨٢٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ، ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ — ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ — والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير » (٣) .

= ومن أمثلة عدم جواز الحوالة بموجب الاتفاق على ذلك عدم جواز النزول عن الاشتراك فى السكة الحديدية وعدم جواز النزول عن تذكرة الإياب إذا أخذ المسافر تذكرتى ذهاب وإياب معاً (الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢١) .

(١) ويبدو أن شرط عدم جواز الحوالة يدخل ضمن الدفوع التى يستطيع المدين أن يتمسك بها ضد المحال له كما يتمسك بها ضد المحيل ، ولو لم يكن المحال له عالماً بالشرط (م ٣١٢ مدنى) . وقد كان المحال له يستطيع ، قبل التعاقد على الحوالة ، أن يستعلم من المدين عن الدفوع التى له ضد الحق الذى يراد تحويله ، فإن كتم المدين عنه شيئاً من هذه الدفوع ، أو لم يخبره أن الحق مشروط فيه عدم جواز حوالته غشا منه ، فعند ذلك لا يعتد بعدم قابلية الحق للحوالة ، لا لأن شرط عدم جواز الحوالة غير سار فى حق المحال له ، بل للغش الذى ارتكبه المدين (قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٩) .

(٢) المقصود بالمال هنا الملكية والحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . ذلك أن من ينشىء حقاً شخصياً له أن ينشئه على الوجه الذى يرتضيه ، فالحق لم يكن موجوداً قبل إنشائه ، فله أن يوجده غير قابل للحوالة . أما من ينقل حقاً عينياً ، فإنه يتعامل فى شىء موجود فى التداول ، وليس من حقه أن يقيد من تداوله إلا لمسوغ مشروع ولمدة معقولة .

(٣) قارن الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢١ .

الفرع الثانى

التراضى فى حوالة الحق

٢٥٩ – النصوص القانونية : رأينا أن المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى تنص على أنه « يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر . . . وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين » .

وتنص المادة ٣٠٥ على ما يأتى :

« لاتكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » (١) .

ونقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٩ أهلى والمواد ٤٣٥ – ٤٣٧ مختلط (٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٣ : سبق إيراد تاريخها (انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ فى الهامش) .

م ٣٠٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . وعدل النص فى لجنة المراجعة بحيث أصبح مطابقاً مطابقة تامة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٦ — ص ١١٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٤٩ أهلى : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة، ولايعتبر بيعها صحيحا ، إلا إذا رضى المدين بذلك كتابة . فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير اليمين . وزيادة على ذلك لا يصح الاحتجاج بالبيع على غير المتعاقدين ، إلا إذا كان تاريخ الورقة المشتملة على رضا المدين به ثابتاً بوجه رسمى ، ولا يسوغ ذلك الاحتجاج إلا من التاريخ المذكور فقط ، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التى تنتقل الملكية فيها بتحويلها .

م ٤٣٥ مختلط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشترى بمجرد تراضيهما .

م ٤٣٦ مختلط (معدلة بدكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : تنتقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين : (أولا) بإعلان المدين بتحويل ما عليه من الدين إعلاناً رسمياً . (ثانيا) بقبول =

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= المدين الحوالة بكتابة مؤرخة تاريخاً ثابتاً بوجه رسمي، ولا يسري مفعول الانتقال إلا من ذلك التاريخ فقط . أما بالنسبة للمدين فيعتبر الانتقال من تاريخ قبوله ، ولو لم يكن ذلك التاريخ ثابتا بوجه رسمي ، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة في حق الحوالة في السندات والأوراق التجارية . ومع ذلك فالتعهدات المدنية المحضة بين الأهالي لا يجوز تحويلها إلا برضاء المدين ، ولا يثبت الرضاء إلا بالكتابة أو بالنكول عن اليمين .

م ٤٣٧ مختلط : في المواد التجارية ، تحويل الدين الذي لم يكن بسند تجاري يكون معتبراً بالنسبة للغير إذا ثبت إعلان التحويل للمدين أو قبوله له بمقتضى دفاتر محررة حسب القانون أو بأوجه الثبوت المقبولة في المواد التجارية .

وظاهر من هذه النصوص أن التقنين المدني السابق قد وضع حوالة الحق في باب البيع اعتباراً بما يقع غالباً في العمل ، مقتفياً في ذلك أثر التقنين المدني الفرنسي (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٩) .

وقد اشترط التقنين المدني الأهلي السابق في انعقاد حوالة الحق رضاء المدين ، وجعل إثبات هذا الرضاء لا يكون إلا بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين . وكان هناك رأي خاطىء ، شاع في الفقه والقضاء في مصر ، يرجع هذا الشرط إلى الشريعة الإسلامية وإلى أنها هي أيضاً تشترط في حوالة الحق رضاء المدين (استئناف أهلي ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٩ — استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٤ ص ٩١ — ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٩) . والصحيح أن الفقه الإسلامي في أكثر مذاهبه ، كما قدمنا ، لا يعرف حوالة الحق ، والمقصود بالحوالة فيه حوالة الدين . فنقل المشرع الأهلي شرط رضاء المدين في حوالة الدين في الفقه الإسلامي (مع أنه ليس بشرط حتمي) إلى حوالة الحق. انظر في ضرورة إثبات رضاء المدين بالكتابة في التقنين الأهلي السابق: استئناف مختلط ٣ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ — وفي جواز أن يكون رضاء المدين بالحوالة مقدماً وقت نشوء الدين وبأن الحكم الصادر بثبوت هذا الدين يكون هو أيضاً قابلا للحوالة دون رضاء جديد من المدين : نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٠ ص ٦١٣ — وفي عدم ضرورة رضاء المستأجر عندما يخلف المشتري المؤجر في حقوقه قبل المستأجر : نقض مدني ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٧ ص ٤٩٦ — وفي ضرورة رضاء المدين حتى في حوالة الحق المتنازع فيه : نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ — وفي ضرورة رضاء المدين حتى لوكان الحق المحال به قد صدر به حكم : نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٣ ص ١٧٨ — ٧ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٧ ص ٩٧٣ — استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٣٣ ص ٣٩ — أول يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢٧٣ ص ٥٥٠ — ١١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١ — استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢١١ — ٢١ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢١ — ٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ — ٤ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٦ .

م ٣٠٣ و٣٠٥ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٢٩٠ و٢٩٢ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٣٦٢ — ٣٦٣ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٨٠ و٢٨٢ — ٢٨٣(١) .

= وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن مذهب التقنين الأهلى السابق، ولم يشترط رضاء المدين فى انعقاد حوالة الحق ، بل ذكر صراحة ، كما رأينا ، أن هذه الحوالة تتم دون حاجة إلى رضاء المدين ، مقتدياً فى ذلك بالتشريعات الحديثة (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ — الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥) .

أما التقنين المدنى المختلط السابق فلم يكن ، كما هو واضح من نص المادة ٤٣٥ منه ، يشترط رضاء المدين لانعقاد حوالة الحق، بل كان يكفى تراضى الدائن الأصلى والدائن الجديد . وقد صدر دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ يجعل العبرة ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بنشوء الحق، فإن نشأ بين وطنيين وجب رضاء المدين ولو كانت الحوالة لأجنبى ، وإن نشأ بين أجنبيين أو بين مصرى وأجنبى فلا يجب رضاء المدين ولو كانت الحوالة لمصرى (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٧ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢٤ — الأستاذ أحمد نجيب الهلالى فى البيع فقرة ٦٢٩ فقرة ٦٣٢ — استئناف أهلى ٢ أغسطس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٢٣١ — استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٩١ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٢) .

ويظهر مما قدمناه أن التقنين المدنى الجديد لم يغير فى نظام حوالة الحق بالنسبة إلى الحقوق التى كانت خاضعة لنظام التقنين المختلط ، فكل حق نشأ بين مصرى وأجنبى أو بين أجنبيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان ، ولا يزال ، فى غير حاجة إلى رضاء المدين فى انعقاد حوالته . أما الحقوق التى نشأت بين وطنيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فهذه تبقى فى حوالتها خاضعة للتقنين المدنى الأهلى السابق ، ومن ثم يكون رضاء المدين ضرورياً فى انعقاد الحوالة . وما نشأ من الحقوق منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أياً كان طرفا الدين ، مصريان أو أجنبيان أو مصرى وأجنبى — يخضع للتقنين المدنى الجديد ، فلا يكون رضاء المدين ضرورياً فى انعقاد حوالته .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٠٣ و ٣٠٥ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٩٠ و ٢٩٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٦٢ و ٣٦٣ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٨٠ (سبق إيرادها انظر فقرة ٢٤٩ فى الهامش) .

م ٢٨٢ : يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم ، إلا إذا كان هذا التفرغ مجانياً فحينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء . =

ويتبين من هذه النصوص أن الحوالة تتم بتراضي المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضاء المدين (المحال عليه) . ولكن لاتنفذ فى حق المحال عليه إلا إذا قبلها أو أعلن بها ، ولا فى حق الغير إلا من تاريخ إعلان المحال عليه أو من التاريخ الثابت لقبوله .

فنبحث أمرين : (١) انعقاد الحوالة (٢) نفاذ الحوالة فى حق المدين (المحال عليه) وفى حق الغير .

§ ١ — انعقاد الحوالة

٢٦٠ — تراضى المحيل والمحال له كاف فى انعقاد الحوالة — لا حاجة إلى رضاء المدين : يكفى فى انعقاد الحوالة تراضى المحيل والمحال له ، أى الدائن الأصلى والدائن الجديد . فاذا رضى الدائن الأصلى أن يحول حقه الذى فى ذمة مدينه إلى شخص آخر ، وقبل هذا الشخص الآخر ، فقد انعقدت الحوالة ، وصار الدائن الأصلى محيلا والدائن الجديد محالا له ، وكل ذلك دون حاجة إلى رضاء المدين الذى فى ذمته الحق ، بل يصبح هذا بانعقاد الحوالة محالا عليه . وهذا ماتنص عليه صراحة المادة ٣٠٣ مدنى كما رأينا ، مجانبة فى ذلك مذهب التقنين الأهلى السابق حيث كان يشترط رضاء المدين ، ومتمشية مع التقنين المختلط السابق وسائر التقنينات الحديثة حيث لا يشترط هذا الرضاء(١) .

= م ٢٨٣ : إن الانتقال لا يعد موجوداً بالنظر إلى شخص ثالث ، ولا سيما بالنظر إلى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه ، إلا بابلاغ هذا التفرغ إلى المديون أو بتصريح المديون فى وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنه قبل ذلك التفرغ . وما دامت إحدى هاتين المعاملتين لم تتم ، يصح للمديون أن يبرىء ذمته لدى المتفرغ . وإذا كان المتفرغ قد أجرى فراغين متتابعين لدين واحد، فالمتفرغ له الذى سبق إلى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر ، حتى لو كان تاريخ عقده أحدث عهداً .

وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى (انظر فى وضع المحال عليه فى التقنين اللبنانى وفى أنه يعتبر من الغير الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ .

والسبب فى عدم الحاجة إلى رضاء المدين أن انتقال الحق من دائن إلى آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضراراً يستوجب تحتيم رضائه لانعقاد الحوالة . ففى أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالدين الذى فى ذمته . وفى أحوال قليلة قد يعنى المدين أن يطالبه دائنه الأصلى دون أى شخص آخر ، لأنه إنما تعامل معه ،أو لاحتمال أن يكون غيره أشد إلحافاً فى المطالبة . ولكن الضرر الذى ينجم عن ذلك أقل بكثير من الضرر الذى يصيب الدائن من جراء منعه من حوالة حقه عندما تقوم به الحاجة إلى ذلك ، أو عندما يرى فى ذلك فائدة . وما على المدين ، وقت نشوء الدين ، إذا كان يحرص ألا يتغير عليه دائنه ، إلا أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه ، وقد تقدم القول فى ذلك . أما نفاذ الحوالة فى حق المدين فلا يكون إلا برضائه أو بإعلانه كما سيأتى(١) .

٢٦١ — الحوالة اتفاق رضائى لا يشترط فيه شكل خاص إلا فى الهبة : والحوالة، ما لم تكن هبة صريحة ، اتفاق رضائى (٢) . فلا يشترط

---

(١) أما فى حوالة الدين فتغيير المدين على دائنه أشد خطراً ، إذا أن قيمة الدين تتوقف إلى حد كبير على شخص المدين وملاءته ومبلغ مسارعته إلى الوفاء بما فى ذمته من الديون ، ومن ثم كان شأن الدائن فى حوالة الدين أهم من شأن المدين فى حوالة الحق كما سنرى .

هذا ويصح أن ينقل الدائن حقه إلى آخر بطريق الوصية ، والوصية تصرف قانونى كالحوالة . وفى هذه الحالة تتبع أحكام الوصية لا أحكام الحوالة . فتتم الوصية بالحق بإرادة الموصى وحده ، وتكون قابلة للرجوع فيها إلى أن يموت ، وترتد برد الموصى له ، ولا تنفذ إلا فى ثلث التركة ، إلى غير ذلك من أحكام الوصية . ولكن متى انتقل الحق بالوصية إلى الموصى له ، أصبح هو الدائن مكان الموصى ، وصار خلفاً خاصاً على هذا الحق ، شأنه فى ذلك شأن المحال له فى الحوالة ما بين الأحياء ، لا سيما فى الحوالة التى تتم بطريق الهبة .

انظر فى انتقال الحق الشخصى من دائن إلى آخر ، لا عن طريق تصرف قانونى كالحوالة والوصية والحلول الاتفاقى ، بل عن طريق واقعة مادية كالميراث والحلول القانونى ، وكذلك فى التزام الدائن إحلال دائنه محله فى بعض الأحوال كما إذا باع وارث المودع عنده الشىء المودع وهو حسن النية فعليه لمالكه التنازل له عن حقوقه قبل المشترى (م ٧٢٣ مدنى) : الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٠ — ص ١١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ١٨ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٧ .

لانعقادها شكل خاص ، بل تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول (١) ، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من حوالة حق غير ثابت بالكتابة (٢) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى ، هو المادة ٤٢٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ — لا يشترط فى انعقاد الحوالة شكل خاص ، حتى لو كان الحق المحال به مضموناً برهن رسمى أو بأى عينى آخر . ٢ — ولكن لا يجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عينى إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلى لهذا التأمين(٣)» . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن الفقرة الأولى منه يمكن استخلاصها من القواعد العامة ، ولأن الفقرة الثانية ورد حكمها فى مكان آخر (٤) » . وغنى عن البيان أنه إذا لم يؤشر بالحوالة فى هامش القيد الأصلى للتأمين ، وانتقلت العين المرهونة إلى حائز ، جاز

---

(١) واستخلاص قيام الحوالة مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٦ ص ١٤) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٦ ص ٤٩٦ — وانظر آنفاً فقرة ٢٥٠ .

(٣) انظر فى أن حوالة الحق المضمون برهن رسمى أو بأى تأمين عينى آخر تتم بعقد رضائى ، والتأشير على هامش القيد الأصلى للتأمين إنما هو للتمسك به قبل الغير : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤١ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥٩ — ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ — ١٠ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٣ ، ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣١ — ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٢ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢١ — ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٥ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ما يأتى : « جعل المشروع من حوالة الحق عقداً رضائياً ، ولم يروجها لاشتراط شكل معين بالنسبة لها بالذات . ومؤدى هذا أنها تخضع فى انعقادها للأحكام العامة التى تسرى بشأن العقود الرضائية جميعاً . ولم يستثن المشروع من نطاق تطبيق هذه القاعدة حوالة الحق المضمون برهن رسمى أو بأى تأمين عينى آخر بل اعتبر التأمين فى هذه الحالة من توابع الحق ، وألحقه بأصله تفريعاً على هذا الوصف . ولكنه اشترط لجواز التمسك قبل الغير — وهم خليقون بالحماية — بهذا التأمين ، باعتباره حقاً عينياً ، التأشير بمثل هذه الحوالة فى هامش القيد الأصلى للتأمين . ويتم انعقاد الحوالة متى اتفق المحيل والمحال له فيما بينهما ، بيد أن المدين قد يجهل هذا الاتفاق : بل والغالب فيه أن يجهله ، ولهذه العلة يقع وفاؤه للمحيل صحيحاً ما بقى جاهلا بالحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الهامش) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الهامش .

لهذا الحائز أن يفي بالدين وفاء صحيحاً للدائن الأصلي ، إذ المفروض أنه يجهل وقوع الحوالة ما دام لم يؤشر بها على هامش القيد (١) .

أما إذا تمحضت حوالة الحق هبة مباشرة ، فانها ككل هبة يجب أن تفرغ في شكلها الرسمي ، ولا تنعقد إلا إذا كانت في ورقة رسمية . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في الهبة (٢) .

٣٦٢ — وجوب مراعاة قواعد الاثبات : على أنه تجب مراعاة القواعد العامة في إثبات الحوالة . فاذا حول دائن حقه ، وهو مائة جنيه مثلا ، إلى آخر بثمن قدره تسعون جنيها ، وذلك بالتراضي بينهما ، فان المحيل لا يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن ، ولا المحال له يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل هذا الحق ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن (٣) ، لأن كل التزام من هذين يزيد على عشرة جنيهات . أما إذا كان الحق المحال به هو اثنا عشر جنيها وكان ثمن الحوالة عشرة جنيهات مثلا ، فان المحيل يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن بالبينة والقرائن لأن الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات ،

---

(١) قارن استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٠ — كذلك إذا حول الدائن الأصلي حقه مرة أخرى ، ولم يكن المحال له الأول قد أشر بالحوالة الأولى على هامش القيد ، وأشر المحال له الثاني على هذا الهامش بالحوالة الثانية ، فإن حوالة التأمين العيني بموجب الحوالة الأولى لا يحتج بهـا على المحال له الثاني ولو كانت الحوالة الأولى للحق الشخصي نافذة في حقه (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في تقنين البلاد العربية ص ١٥ — شبين الكوم ١٤ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢٠٨ ص ٦٦٧) .

(٢) وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول المادة ٢٨٢ من هذا التقنين : « يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم ، إلا إذا كان هذا التفرغ مجانياً فحينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء » .

وإذا كانت حوالة الحق على سبيل الرهن ، والرهن رهن حيازة ، فلا يشترط لانعقاد الحوالة في هذه الحالة شكل خاص . ولكن لا يكون الرهن نافذاً إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه ، ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة الدائن المرتهن للدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول (انظر م ١١٢٣ مدني) .

(٣) ولكن في المواد التجارية يجوز الإثبات بالبينة والقرائن . وقد يعتبر تسليم سند الدين إلى المحال له قرينة على وقوع الحوالة . وحتى في المواد المدنية قد يكون هذا التسليم قرينة تعزز مبدأ ثبوت بالكتابة (انظر أنسيكلوبيدي داللوز ١ لفظ cession de créance فقرة ١٥٥) .

ولكن المحال له لا يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل الحق إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها لأن الحق تزيد قيمته على عشرة جنيهات (١).

وتبقى هذه القواعد العامة للإثبات هي المعمول بها ، حتى لو أريد إثبات حوالة حق ثابت فى سند اسمى أو فى سند تحت الإذن، لأن الإجراءات الخاصة بحوالة هذه الحقوق ليست ضرورية إلا لجعل الحوالة نافذة فى حق للغير ، فهى ليست ضرورية لا لانعقاد الحوالة ولا لإثباتها بعد الانعقاد .

٢٦٣ — تكييف الاتفاق الذى تتم به الحوالة : والاتفاق الذى تتم به الحوالة ما بين المحيل والمحال له هو الذى ينقل الحق من الأول إلى الثانى . ولذلك سمى اتفاقاً (convention) ولم يسم عقداً (contrat) ، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الاتفاق أعم من العقد ، فهو ينشىء الحقوق وينقلها ويعدلها ويقضيها ، أما العقد فيقتصر على إنشاء الحقوق (٢) . ولما كانت الحوالة تنقل حقاً شخصياً موجوداً من قبل، ولا شأن لها فى إنشاء هذا الحق ، فهى اتفاق لا عقد . ولكن أكثر الفقهاء لا يرون أهمية عملية للتمييز بين الاتفاق والعقد (٣) .

على أنه يمكن القول من جهة أخرى أن الاتفاق على الحوالة ما بين المحيل والمحال له يبدأ بإنشاء التزام فى ذمة المحيل بنقل حقه الشخصى إلى المحال له ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الحق إلى المحال له . فاذا صح هذا التكييف ، كانت الحوالة عقداً حتى عند من يذهبون إلى التمييز بين العقد

---

(١) وإذا قيل أن قيمة الحق المحال به فى هذه الحالة هى ثمنه الذى بيع به وليست قيمته فى ذاته — وهذا ما لا نميل إلى الأخذ به لأن العبرة هى بقيمة الالتزام فى ذاته ولو زادت هذه القيمة على الثمن الذى بيع به — فإن كلا من المحيل والمحال له يستطيع إثبات الحواله بالبينة وبالقرائن .

(٢) انظر فى هذا المعنى أيضاً المادة ١٦٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٣) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . وقد حذف هذا التعريف فى المشروع النهائى ، ولم يكن الحذف عدولا عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان مجاراة لسياسة تشريعية هى تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية (الوسيط جزء أول فقرة ٢٧ — مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ — ص ١١ فى الهامش) .

والاتفاق ، إذ أنها تبدأ بانشاء التزام بنقل الحق ثم ينتقل الحق تنفيذاً لهذا الالتزام (١) .

§ ٢ — نفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير

٢٦٤ — معنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير : قدمنا أن الحوالة تنعقد بالتراضى بين المحيل والمحال له ، دون حاجة إلى رضاء المدين . ولكن انعقاد الحوالة لا يكفى لجعلها نافذة فى حق المدين أو فى حق الغير.

أما أن انعقاد الحوالة لا يكفى لجعلها نافذة فى حق المدين ، فذلك لأن الحوالة تنعقد دون حاجة إلى رضائه ، فيصح أن يكون جاهلا بوقوعها ، فيعامل دائنه الأصلى على أنه دائنه الوحيد ، ويفى له بالدين أو يقضيه معه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والإبراء . وينبغى أن يقع هذا التعامل صحيحاً ، وأن يستطيع المدين الاحتجاج به على المحال له . ومعنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين . وإنما تنفذ الحوالة فى حقه إذا كان عالماً بها ، وعندئذ يصبح المحال له هو دائنه الوحيد ، ولا يجوز له التعامل مع الدائن الأصلى أو الوفاء له بالدين . فهذا هو معنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين .

أما معنى صيرورتها نافذة فى حق الغير ، فهذا يقتضى أولا تحديد معنى « الغير » هنا . يمكن اعتبار المدين « غيرا » من وجه ، وطرفاً فى الحوالة من

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ فى الهامش . ويعترض الأستاذ شفيق شحاتة على هذا التصوير (حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٣ — ص ١٤) . ولا مانع من القول معه بأن عقد الحوالة نفسه هو الذى ينقل الحق مباشرة من المحيل إلى المحال له ، دون حاجة إلى افتراض نشوء التزام سابق بنقل هذا الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . وتبقى الحوالة مع ذلك عقداً ، لعدم الحاجة إلى التمييز ما بين العقد والاتفاق كما سبق القول . ولكن قيام حق عينى يترتب على حق شخصى – وهو ما يأباه الأستاذ شفيق شحاتة ويتخذ من تفنيده حجة رئيسية لرفض التصوير المتقدم الذكر – لا شك فى إمكانه ، بل هو يقع كثيراً فى العمل . ويكفى أن نشير إلى إمكان رهن الحق الشخصى وإلى إمكان أن يترتب عليه حق انتفاع ، ففى الحالة الأولى رتبنا حقاً عينياً تبعياً على حق شخصى . وفى الحالة الثانية رتبنا على الحق الشخصى حقاً عينياً أصلياً (انظر أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ١).

وجه آخر . وعلى كل حال فان المدين له وضع خاص فى الحوالة يجعله بين بين(١) .

أما الأشخاص الذين يتمحضون « غيرا » فى الحوالة فهم كل شخص كسب حقاً من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له . فيكون غيرا محال له آخر غير المحال له الأول ، يبتاع الحق المحال به ، أو يوهب له أو يرتهنه مثلا . كما يكون غيرا دائن المحيل إذا وقع حجزاً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه . كذلك إذا شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فدائنوه يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له(٢) . ومعنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق هؤلاء الاغيار هو أنه عند تزاحم المحال له مع أحد منهم — محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن المفلس أو المعسر — يقدم المحال له إذا كان تاريخ نفاذ حوالته فى حق هذا الغير سابقاً على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الإفلاس أو الإعسار فى حقه هو .

٣٦٥ — إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضرورى لنفاذ الحوالة فى حقه وفى حق الغير : لابد إذن ، لنفاذ الحوالة فى حق المدين المحال عليه ، من أن يعلم بها . وقد اختار القانون لإعلامه بها أحد طريقين : إما إعلانه بهذه الحوالة ، وإما قبوله لها . وقد نصت على ذلك المادة ٣٠٥ مدنى ، كما رأينا .

---

(١) انظر فى اعتبار المدين غيرا : استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٤ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٢ . ولكن انظر فى اعتبار أن دائنى المدين ليسوا من الغير : استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٥ — ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ .

أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٢٨٣) فيعتبر المدين « غيرا » ، شأنه فى ذلك شأن سائر الأغيار ، ويشترط لنفاذ الحوالة فى حقه بقبوله لها أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ . ويقول الأستاذ صبحى المحمصانى فى هذا الصدد : « ولابد من الإشارة إلى فارق مهم بين القانون اللبنانى وسائر القوانين المدنية العربية . فالقانون اللبنانى ، على غرار القانون الفرنسى ، اعتبر المدين من فئة الغير فى الحوالة ، وعاملهم جميعاً معاملة واحدة لجهة إجراءات الإعلان اللازمة فى الحوالة ، فى حين أن الحوالة لا تعد موجودة بالنظر إليهم إلا بإجراء إحدى طريقتى الإعلان المبينتين . ونحن باقى القوانين العربية لم تعتبر المدين من فئة الغير ، وفرقت بينه وبين هؤلاء فى المعاملة لجهة إجراءات الإعلان ، فلم تشترط ثبوت التاريخ لقبول المدين بالحوالة إلا تجاه الغير » (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

ولا فرق بين الطريقين ، فأى منهما يكفى لجعل الحوالة نافذة فى حق المدين(١) . غير أن النتائج التى تترتب على قبول المدين للحوالة قد تكون فى بعض الأحوال أبعد مدى من تلك التى تترتب على مجرد الإعلان . من ذلك مانصت عليه المادة ٣٦٨ مدنى من أنه : « ١ — إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل . ٢ — أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتى .

أما لنفاذ الحوالة فى حق الغير ، فانه يجب أيضا إما إعلان المدين بالحوالة وإما قبوله لها . ولما كان إعلان المدين بالحوالة لا يصح إلا بورقة رسمية كما سنرى ، فان هذا الإعلان له تاريخ ثابت حتما ، ويكون نفاذ الحوالة ، فى حق الغير ، كنفاذها فى حق المدين ، من هذا التاريخ . فاذا تزاحم المحال له مع محال آخر أو مع دائن حاجز مثلا ، وكانت الحوالة نافذة فى حق الغير من طريق إعلانها للمدين ، فتاريخ هذا الإعلان هو الذى يحدد مرتبتها بالنسبة إلى الحوالة

---

(١) وليس هناك ميعاد محدد يجب فى خلاله إعلان الحوالة أو قبولها ، وسنرى فيما يأتى (انظر فقرة ٢٦٦) أن الإعلان أو القبول ينتج أثره ، ويجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير ، أيا كان الوقت الذى صدر فيه بعد صدور الحوالة . ولا يكون الإعلان أو القبول متأخراً ، فلا ينتج أثره ، إلا إذا سبقه إعلان أو قبول لحوالة أخرى أو توقيع حجز تحفظى تحت يد المدين أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره .

وحوالة الحق المعلق على شرط يجوز إعلانها أو قبولها قبل تحقق الشرط (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٦ ، وانظر فى حوالة الحق المستقبل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٧) .

وموت المحيل (الدائن الأصل) لا يحول دون الإعلان أو القبول ، فيجوز للمدين أن يقبل الحوالة بعد موت المحيل ، كما يجوز للمحال له ولورثة المحيل إعلانه بالحوالة . كذلك موت المحال له لا يمنع ورثته ولا المحيل من إعلان الحوالة ، ولا يمنع المدين من قبولها .

أما إذا كان الحق ميراثاً فى تركة ، وجعل بعد القسمة فى نصيب أحد الورثة دون الآخرين ، فلا يعتبر الحق قد حول من باقى الورثة إلى هذا الوارث حتى تحتاج الحوالة إلى إعلان المدين أو قبوله ، بل يكون للقسمة أثر كاشف ويعتبر الحق قد انتقل كله إلى الوارث بطريق الميراث لا بطريق الحوالة ، فلا حاجة إذن إلى إعلان المدين أو قبوله (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٢) .

الثانية أو إلى الحجز . أما إذا كان نفاذ الحوالة فى حق الغير من طريق قبول المدين لها ، فليس من المحتم أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت، ومن ثم لا تكون الحوالة نافذة فى هذه الحالة فى حق الغير إلا من الوقت الذى يكون فيه للقبول تاريخ ثابت . ونرى من ذلك أن الحوالة ، إذا كان نفاذها من طريق قبول المدين ، تكون نافذة فى حق المدين من وقت هذا القبول ولو لم يكن له تاريخ ثابت، ولا تكون نافذة فى حق الغير إلا من وقت أن يكون للقبول تاريخ ثابت، فهى إذن قد تكون نافذة فى حق المدين دون أن تكون نافذة فى حق الغير . وهذا ما نصت عليه المادة ٣٠٥ مدنى ، فهى تقضى كما رأينا بأنه « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام فى العلاقة ما بين المحال له والغير .

والغرض من هذه الإجراءات — إعلان المدين أو قبوله — مراعاة مصلحة المدين أولا وذلك حتى يعلم بالحوالة فيمتنع من معاملة الدائن الأصلى ولا يعامل إلا الدائن الجديد ، ومراعاة مصلحة الدائن الجديد ثانيا وذلك حتى يصبح بعد الإعلان أو القبول هو وحده صاحب الحق المحال به تجاه المدين والغير ، ومراعاة مصلحة الغير أخيراً إذ أنه لا يمكن تركيز شهر الحوالة فى جهة خير من جهة المدين ، فهو الذى يطالبه المحال له بالحق ، وهو الذى يستطيع أن يخبر الغير الذى يريد أن يتعامل فى هذا الحق بما إذا كان الدائن قد تصرف فيه من قبل أو أن حجزاً وقع على الحق تحت يده ، ما دام قد قبل هذا التصرف السابق أو أعلن به أو بالحجز ، فيمتنع الغير بعد ذلك عن التعامل مع الدائن فى هذا الحق (١).

---

(١) انظر بودرى وسينيا فقرة ٧٦٧ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٤٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٧ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٧ .

وأى حق شخصى ، ولو كان حقاً تجارياً ، يحوله صاحبه إلى غيره ، تخضع الحوالة فيه ، حتى تكون نافذة فى حق المدين والغير ، لأحد هذين الإجراءين الاعلان أو القبول . ومع ذلك توجد حقوق تقتضى إجراءات أخرى بجانب الاعلان أو القبول ، كما فى حوالة الأجرة التى لم تستحق لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة فى حق الغير إلا بالتسجيل . كما توجد —

٢٦٦ — اعلان المدين بالحوالة: يصدر هذا الإعلان إما من المحيل أو من المحال له. ولما كان المحال له هو الذى يعنيه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير، وهو الذى يخشى إن أبطأ فى ذلك أن يعمد المحيل إلى التصرف فى حقه مرة أخرى أو إلى استيفائه من المدين، لذلك كان الغالب أن يكون هو — لا المحيل — الذى يتولى إعلان الحوالة للمدين (١). وقد يعنى المحيل إعلان الحوالة، حتى لا يوقع أحد دائنيه حجزاً تحفظياً تحت يد المدين قبل إعلانها، فيصبح الحجز نافذاً فى حق المحال له، ويرجع هذا عليه بالضمان، ومن ثم يكون المحيل نفسه هو الذى يبادر باعلان الحوالة درءاً لهذا الخطر (٢).

ويمكن إعلان المدين بالحوالة فى أى وقت بعد صدورها. ولا يكون الإعلان متأخراً، إلا إذا سبقه إجراء يمنع من جعله مفيداً. مثل ذلك أن تصدر من المحيل حوالة أخرى تعلن للمدين أو يقبلها، فمن وقت إعلان الحوالة الثانية أو قبولها لم يعد من المفيد إعلان الحوالة الأولى. ومثل ذلك أيضاً توقيع حجز من دائن المحيل تحت يد المدين، فمن يوم توقيع هذا الحجز لم يعد إعلان الحوالة إلا بمثابة حجز جديد كما سنرى. ومثل ذلك أخيراً شهر إفلاس المحيل أو شهر

= حقوق تقتضى إجراءات غير الاعلان أو القبول، كالحقوق الثابتة فى سندات إسمية أو تحت الأذن أو لحاملها، وسيأتى بيان ذلك.

والإعلان أو القبول لازم لنفاذ الحوالة، سواء كان الحق المحال حقاً منفرداً (droit isolé) أو كان عنصراً فى مجموع من المال (universalité). وقد نصت المادة ٤٧٤ مدنى على أنه « إذا بيعت تركة، فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشترى الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات ».

(١) وإذا تعدد المحال لهم فى الحوالة الواحدة، كان عليهم جميعاً أن يقوموا باعلان الحوالة، وقد يقوم أحدهم بإعلانها، أصالة عن نفسه وبالوكالة عن الآخرين. بل يجوز فى هذه الحالة أن يعلنها باسمه خاصة، إذا هو أرفق بالاعلان صورة الحوالة حيث يبين منها أنها صادرة له وللآخرين هو الوكيل عنهم (استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٦). وإذا كان المحال لهم متضامنين، صح لأى منهم إعلان الحوالة، ويفيد سائر المحال لهم من هذا الإعلان، إذ يسرى عمل أحد الدائنين المتضامنين فى حق الباقين إذا كان هذا العمل نافعاً لهم، وقد سبق بيان ذلك.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٧١.

إعساره ، فمن ذلك الوقت لا يكون إعلان الحوالة ، ولو صدرت منه قبل شهر الإفلاس أو الإعسار ، مفيداً ، إذ لا يمكن الاحتجاج بالحوالة فى هذه الحالة على دائنى المفلس أو المعسر . ومن ذلك نرى أن للمحال له مصلحة فى التعجيل باعلان الحوالة إلى المدين ، حتى لا يسبق الإعلان إجراء مماثل لما قدمناه فيعطل حقه ويجعل الحوالة غير نافذة فى حق الغير (١) .

ويجب أن يكون إعلان المدين إعلاناً رسمياً على يد محضر (٢) . فلا يكفى الإعلان الشفوى ، بل ولا الإعلان المكتوب ولو فى كتاب مسجل (٣) . وليس من الضرورى أن يتضمن الإعلان نص الحوالة ، بل يكفى أن يشتمل على ذكر وقوع الحوالة مع بيان لشروطها الأساسية (٤) . ومن ثم جاز إعلان الحوالة على هذا الوجه حتى لو كانت شفوية غير مدونة فى ورقة مكتوبة (٥) . وأية ورقة رسمية تشتمل على هذه البيانات وتعلن للمدين تقوم مقام الإعلان ، فيقوم مقام الإعلان صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين مطالباً إياه بوفاء الحق المحال به ، ومن وقت وصول صحيفة الدعوى إلى المدين يعتبر هذا معلناً بالحوالة فتنفذ فى حقه وفى حق الغير (٦) . ويغنى أيضاً عن الإعلان

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٨ — ص ١٤٩ . وانظر فى شهر إفلاس المحيل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٣ . وانظر فى شهر إعساره المادة ٢٥٧ مدنى ، وهى تجعل أثر الإعسار يسرى من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

(٢) ويقول الدكتور صبحى المحمصانى : « أما فى لبنان ، فليس فى القانون ما يوجب هذا التشديد . والظاهر أنه يجب الرجوع إلى قواعد الإنذار العامة ، التى تكتفى بأن يكون ذلك بأية طريقة كانت ، بشرط أن تكون خطية ثابتة : كالكتاب المضمون أو البرقية أو الإخطار الصادر من دائرة رسمية كدائرة الإجراء مثلا) أو استحضار الدعوى ولو تقدم أمام محكمة غير مختصة (م ٢٧٥) » (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٢) .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠ .

(٤) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٨ — ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٦ — وقارب آنفاً فقرة ٢٥٠ .

(٦) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨٤ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٤ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ — ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧٦ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٨ — ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٠ — ٣ يناير سنة ١٩٤٥ =

التنبيه(١) ، والتقدم فى توزيع(٢) ، وتوقيع المحال له حجراً تحفظياً تحت يد المدين(٣) .

ويوجه إعلان الحوالة إلى المدين(٤) ، أو إلى نائبه كممثل الجمعية أو مدير الشركة أو الولى أو الوصى أو القيم ، أو إلى أى شخص تكون له صفة فى وفاء الحق عن المدين (٥) . وإذا كان الحق المحال به حقا مستقبلا ، جاز توجيه

= م ٥٧ ص ٧٣ أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ص ١١٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٧ .

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ — ٤ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٩ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٣—١٥مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص١٩٨.

(٣) والمحال له يستطيع مطالبة المدين باسمه الشخصى ، فهو فى غير حاجة إلى توقيع حجز تحفظى تحت يده ، فإن فعل ، عد هذا بمثابة إعلان للحوالة ،ولا يكون فى حاجة بعد ذلك إلى طلب تثبيت الحجز التحفظى (استئناف مختلط أول أبريل سنة١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩) .

(٤) ويكون إعلان الحوالة فى الموطن الحقيقى للمدين ، لا فى الموطن المختار . ذلك أن الموطن المختار إنما يكون للاعلانات المتعلقة بتنفيذ التصرفات القانونية ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٣ مدنى على أنه « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين ». والحوالة ليست تنفيذاً للحق ، بل هى نقل له إلى دائن جديد (هيك ٢ فقرة ٣٢٦ — جيللوار ٢ فقرة ٧٧٤ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص١٤٥ — بودرى وسينيا فقرة ٧٦٩— بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٨ — عكس ذلك أى جواز الإعلان فى الموطن المختار : ديمولومب ١ فقرة ٣٢١) .

وإذا تعدد المدينون المحال عليهم فى الحوالة الواحدة ،فسواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين لابد من إعلان كل منهم . فإن كانوا غير متضامنين أعلن كل منهم بالنسبة إلى نصيبه فى الدين ، لأن الدين ينقسم عليهم . وإن كانوا متضامنين أعلن كل منهم فى كل الدين ، إذ هو مسئول عنه ، ولأن المدينين المتضامنين لا يمثل بعضهم بعضاً كما قدمنا إلا فيما يفيد وليس إعلان الحوالة مما يفيد . فإذا أعلن أحد المدينين المتضامنين بالحوالة دون الآخرين ، كانت الحوالة نافذة فى حق من أعلن دون غيره (قارن بودرى وسينيا فقرة ٧٧٢) .

(٥) فإذا كان الحق المحال به مضموناً برهن ، وبيعت العين المرهونة فى المزاد بناء على طلب الدائن الأصلى ، فإن الحوالة فى هذه الحالة لا تعلن إلى المدين بعد أن نزعت ملكيته ، بل تعلن إلى الراسى عليه المزاد إذا كان الثمن لا يزال فى ذمته ، أو تعلن إلى خزانة المحكمة إذا كان الثمن قد أودع فيها (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٩ — انظر أيضا : بودرى وسينيا فقرة ٧٧٤ ص ٨١٩ — ص ٨٢٠ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢١٤ — فقرة ٢١٩) .

الإعلان إلى جميع الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا مدينين بهذا الحق(١) .

٢٦٧ — قبول المدين للحوالة : والطريق الثانى لصيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين هو قبوله لها . فاذا صار للقبول تاريخ ثابت ، أصبحت الحوالة نافذة أيضاً فى حق الغير كما سبق القول .

والوقت الذى يصح فى خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذى يصح فى خلاله إعلان الحوالة ، فيكون القبول متأخراً إذا سبقه إعلان حوالة أخرى أو حجز تحفظى تحت يد المدين أو قبول منه لحوالة أخرى أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره . ويصح صدور القبول وقت صدور الحوالة نفسها وفى نفس الورقة التى دونت فيها الحوالة ، كما يصح صدوره بعد ذلك على الوجه الذى قدمناه ، ولكن لا يصح صدوره قبل صدور الحوالة (٢) .

---

(١) ومثل الحق المستقبل الثمن الذى سيرسو به المزاد فى عين تعرض للبيع بالمزاد ، فيجوز لصاحب هذا الحق أن يحوله إلى شخص آخر ، وتعلن الحوالة فى هذه الحالة إلى الأشخاص الذين يحتمل أن يرسو المزاد عليهم ، وبخاصة الشركاء فى العين المعروضة للبيع إذا كانت هذه العين مملوكة على الشيوع . انظر فى كل ذلك : بودرى وسينيا فقرة ٧٧٣ — فقرة ٧٧٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ — فقرة ١١٢٠ .

هذا وإذا كان المستحق فى الوقف هو فى الوقت ذاته الناظر ، وحول استحقاقه فى الوقف إلى شخص آخر ، فلا حاجة إلى إعلان الحوالة إليه باعتباره ناظراً للوقف ، لأن تحويله استحقاقه باعتباره مستحقاً يتضمن علمه بالحوالة باعتباره ناظراً (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٧٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — الأستاذ شفيق شحاتة فى الحوالة فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٥ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٢٤ ص ٣١٥ — عكس ذلك : هيك فقرة ٣٤٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٧ ص ٤٢٧ — الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٣ . ومن الصعب التسليم بأن القبول الذى يجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير يصح صدوره قبل صدور الحوالة ، لأن هـذا القبول لا يتحصل به العلم بالمحال له ، وعلم المدين بالمحال له أمر جوهرى لنفاذ الحوالة فى حقه وفى حق الغير . والقبول الذى يجوز صدوره قبل صدور الحوالة إنما هو القبول اللازم لانعقاد الحوالة ، لا لنفاذها ، فى القوانين التى تشترط رضاء المدين فى انعقاد الحوالة كما كان الأمر فى التقنين المدنى الأهلى السابق (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥ ص ٥٣١) .

ولا يتضمن قبول المدين للحوالة نزولا منه عن الدفوع التي كان له أن يدفع بها مطالبة المحيل ، فهو بالرغم من قبوله للحوالة يستبقي هذه الدفوع ، ويجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له كما سنرى . فقبول المحال له للحوالة لا يعني أكثر من أنه علم بوقوع الحوالة ، فأصبحت سارية في حقه ، وصار واجباً عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل ، ولكن في الحدود التي يجب عليه فيها دفع هذا الدين للمحيل . ويستثنى من ذلك أمر واحد سبقت الإشارة إليه . هو أن الدفع بالمقاصة الذي كان المدين يستطيع أن يتمسك به قبل المحيل لا يجوز التمسك به قبل المحال له إذا قبل المدين الحوالة دون تحفظ (م ١/٣٦٨ مدني) . ولكن هذا لا يمنع المدين من أن يضمن قبوله للحوالة نزولا عن الدفوع التي كانت له قبل المحيل ، فيصبح بهذا القبول البعيد المدى ملتزماً بدفع الدين للمحال له ، ولا يجوز له التمسك قبله بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل . ولكن مثل هذا القبول لا يفترض ، بل لا بد أن يكون الإطلاق فيه على هذا الوجه واضحاً ، فان قام ثمة شك فسر القبول لصالح المدين ، واعتبر قبولا للحوالة مع الاحتفاظ بما للمدين من دفوع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (١) .

فالقبول إذن ، بهذا التحديد ، لا يفيد أكثر من إقرار (٢) من جانب المدين بأنه علم بوقوع الحوالة كما تقدم القول ، ولا يفيد أن المدين أصبح طرفاً في عقد الحوالة ، فقد أسلفنا أن هذا العقد يتم دون حاجة إلى قبوله . ومن ثم إذا رفض المدين أن يقبل الحوالة ، أمكن الاستغناء عن قبوله باعلان الحوالة إليه . فالإعلان كالقبول يفيد حتماً علم المدين بوقوع الحوالة ، وهذا هو المقصود من كل من القبول والإعلان .

ويصدر القبول من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر يمكن أن يوجه إليه الإعلان فيما لو كانت الحوالة قد أعلنت . وقد تقدم بيان من يوجه

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠١ — ص ٥٠٢ .

(٢) ومن ثم يكون القبول إخباريا لا إنشائيا (الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٥٠ — ص ٢٥١) ومع ذلك يقتضي القبول أهلية الالتزام (هيك ٣ فقرة ٣٤٢ — أنسيكلوبيدي داللوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢٨٣ — وقارن بودري وسينيا فقرة ٧٧٧) .

إليه إعلان الحوالة (١) .

وليس للقبول شكل خاص . فيصح أن يكون فى ورقة رسمية (٢) ، كما يصح أن يكون فى ورقة عرفية ثابتة التاريخ ، أو فى ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ . بل يصح ألا يكون مكتوباً أصلا ، فيكون قبولا شفوياً . وقد يكون قبولا ضمنياً ، كما يقع فيما إذا دفع المدين بعض أقساط الدين للمحال له فنى هذا قبول ضمنى للحوالة (٣) ، وكما يقع فيما إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى (م ٥٩٧ ثانيا مدنى) . ويخضع القبول فى هذه الحالة ، إذا أنكر المدين صدوره منه ، للقواعد العامة فى الإثبات ، فيجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا كان الحق المحال به لا يجاوز عشرة جنيهات ، وإلا فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٤) . كل هذا لنفاذ الحوالة فى حق المدين ، أما لنفاذها فى حق الغير ، فقد قدمنا أن القبول يجب أن يكون فى ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ .

٢٦٨ — هل يقوم علم المدين بصدور الحوالة مقام الإعلان أو القبول : رأينا فيما قدمناه أن المقصود من إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها

---

(١) وكما لا يعتبر إعلان أحد المدينين المتضامنين بالحوالة إعلانا للباقين (أنظر آنفا فقرة ٢٦٦ فى الهامش) كذلك لا يعتبر قبول أحد المدينين المتضامنين بالحوالة قبولا بها من الباقين . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن قبول أحد المدينين المتضامنين للحوالة إنما هو تنازل فردى عن حقه الشخصى ، ولا يسرى على غيره من المدينين الذين لم يرضوا بالحوالة ، ولا يمكن أن يعتبر وكيلا عنهم فى هذا الشأن (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١).

وليس من الضرورى أن يعلم المحيل أو المحال له بقبول المدين للحوالة ، بل ينتج القبول أثره قبل علم أحد من هذين به ، إذ القبول هنا إرادة غير موجهة إلى شخص معين (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٠) .

(٢) وفى فرنسا يجب أن يكون القبول ثابتاً فى ورقة رسمية حتى تكون الحوالة نافذة فى حق الغير (م ١٦٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى) .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٠ . ومن باب أولى لو دفع المدين كل الدين للمحال له : استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠ .

(٤) أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٣٠١ . أما فى المسائل التجارية فيجوز الإثبات بجميع الطرق: استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٨م ١٠ ص ٢٠٨ .

هو إثبات علمه بوقوعها ، فهل يستخلص من ذلك أنه متى ثبت علم المدين بالحوالة ، ولو من طريق آخر غير الإعلان أو القبول ، تكون الحوالة نافذة فى حقه ؟

قد يعلم المدين بوقوع الحوالة دون أن يعلن بها على يد محضر ودون أن يصدر منه قبول بها . فقد يكون الحق المحال به مضموناً برهن رسمى وأشر المحال له على هامش القيد بالحوالة ، فعلم المدين بها من هذا الطريق(١) . وقد يكون المدين قد حضر مجلس العقد وقت صدور الحوالة ، فعلم بصدورها . وقد يكون أجنبى أخطره ، شفوياً أو كتابة ، بوقوع الحوالة . وأيسر من هذا كله أن يكون المحال له أو المحيل هو الذى تولى بنفسه إخطار المدين بصدور الحوالة ، ولكن لا باعلان رسمى ، بل شفوياً أو كتابة ولو بكتاب مسجل . فما دام المدين لم يعلن رسمياً على يد محضر ، وما دام لم يصدر منه قبول بالحوالة ، فحتى الكتاب المسجل الذى يخطره فيه المحال له أو المحيل بصدور الحوالة لا يجعل علمه حاصلا من أحد الطريقين اللذين رسمهما القانون لذلك .

فى جميع هذه الأحوال لا يكون علم المدين بوقوع الحوالة ، كما قدمنا ، حاصلا بالطريق الذى رسمه القانون . فلا يكون هذا العلم ، مهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته ، بل ولو أقر به المدين نفسه ، كافياً فى جعل الحوالة نافذة فى حقه (٢). ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً للعلم بتصرف معين ، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق . فالتسجيل مثلا طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذاً فى حق الغير إلا من طريق التسجيل . والقيد طريق لشهر إنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية ، فلا تنفذ هذه الحقوق فى حق الغير إلا بالقيد . وكذلك الإعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية ، فلا تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالإعلان أو القبول (٣) .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٩ .

(٣) جيللوار ٢ فقرة ٧٧٨ — بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ — فقرة ٧٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ .

هذه هي القاعدة ، ولا تحتمل استثناء إلا فى حالة الغش ، فان الغش بطبيعة الحال يفسد أى تصرف (fraus omnia corrumpit) . وصورة الغش هنا أن يكون المدين عالماً بوقوع الحوالة عن طريق غير طريق الإعلان والقبول ، ثم يعمد غشا ، متواطئا مع المحيل ، إلى الوفاء له بالدين إضراراً بحقوق المحال له ، وقد يحصل فى مقابل ذلك على منفعة من المحيل كأن ينزل له عن جزء من الدين . فالوفاء بالدين للمحيل هنا باطل ، أبطله الغش والتواطؤ . ويجوز فى هذه الحالة للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء ، وأن يعلن الحوالة للمدين فتصبح نافذة فى حقه ، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق المحال به ، فيوفيه المدين مرة ثانية للمحال له ، وهو فى هذا إنما يتحمل نتيجة غشه ، وليس له إلا الرجوع على المحيل بما دفعه له أول مرة . كذلك الحال فيما إذا حول الدائن حقه إلى شخص آخر ، وقبل إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها تواطأ المحيل مع شخص ثالث وحول له الحق مرة أخرى ، وبادر المحال له الثانى إلى إعلان المدين بالحوالة أو حمله على قبولها ، علم المدين بالحوالة الأولى أو لم يعلم . فى هذه الحالة أيضاً تواطأ المحيل مع المحال له الثانى ، وتحايلا على جعل الحوالة الثانية نافذة فى حق الغير قبل نفاذ الحوالة الأولى ، فيجوز للمحال له الأول ألا يعتد بالحوالة الثانية التى وقعت غشا له (١) ، ويبادر إلى إعلان الحوالة الأولى للمدين ويطالبه بدفع الحق المحال به . فاذا لم يكن المدين قد وفى الحق للمحال له الثانى ، فعليه أن يوفيه للمحال له الأول لأن الحوالة الثانية وقعت باطلة للغش كما قدمنا . أما إذا كان المدين قد وفى الحق للمحال له الثانى ، فان كان شريكاً فى الغش ، فان هذا الوفاء لا يعتد به وعليه أن يفى الحق مرة أخرى للمحال له الأول على الوجه الذى قدمناه . أما إذا لم يكن شريكا فى الغش ، حتى لو كان مقصراً كل التقصير فى عدم اتخاذه ما ينبغى الاحتياط (٢) ، فان وفاءه الحق للمحال له الثانى يكون مبرئاً لذمته بعد

---

(١) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٤ هامش رقم ٢ — قارن أوبرى ورو ٥ فقرة [illegible] ص ١٠٤٧ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (cession de créanee) فقرة ٣٠٢ وما بعدها — ويلاحظ أن القاعدة المنطبقة هنا هى القاعدة العامة التى تقضى بأن الغش يفسد التصرفات ، وليست حتما الدعوى البولصية بشروطها الدقيقة ، خلافاً لما صرح به بودرى وسينيا (انظر فقرة ٧٩٢ ص ٨٣٦ وفقرة ٧٩٣ ص ٨٣٩ وص ٨٤٢) .

أن أصبحت الحوالة الثانية نافذة فى حقه قبل نفاذ الحوالة الأولى ، ولا يجبر على الدفع مرة أخرى للمحال الأول . وليس أمام هذا إلا الرجوع بالتعويض على كل من المحيل والمحال له الثانى اللذين تواطآ على الإضرار بحقوقه (١) .

---

(١) وتختلف نصوص التقنينات الألمانى والسويسرى والإيطالى الجديد عن نصوص التقنين المصرى . فنصوص التقنين المدنى المصرى صريحة فى أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين إلا بالإعلان أو القبول . أما التقنين المدنى الألمانى (م ٤٠٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٦٧) والتقنين المدنى الإيطالى الجديد (م ١٢٦٤/٢) فتقضى بأن وفاء المدين الدين للمحيل لا يكون مبرئاً لذمته إلا إذا تم بحسن نية ، فإن أثبت المحال له أن المدين كان يعلم بوقوع الحوالة وقت أن وفى الدين للمحيل ، ولو من غير طريق الإعلان أو القبول ، فإن الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرىء ذمة المدين (انظر فى التقنين المدنى الألمانى التعليقات على هذا التقنين المادة ٣٩٨ ص ٥٦٧ — ص ٥٦٩ والمادة ٤٠٧ ص ٥٧٩) . ويذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى تفسير نصوص التقنين المدنى المصرى بما يجعل هذا التقنين فى هذه المسألة متفقاً فى الحكم مع التقنينين الألمانى والسويسرى (حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٣٣ — ص ٣٦) . ولا نتفق ... فى هذا الرأى ، فإن نصوص التقنين المدنى المصرى صريحة فى أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين إلا بالإعلان أو بالقبول ، فإذا لم يعلن المدين بالحوالة ولم يصدر منه قبول بها ، فإنها لا تكون نافذة فى حقه ، حتى لو علم بها من طريق آخر ، إلا إذا ارتكب غشاً فى الوفاء للمحيل فان الغش حينئذ يجعل الوفاء غير مبرىء لذمته (انظر من الرأى الذى اخترناه الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٥ والأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٠ ص ٣١٩ — ٣٢٠) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً يجعل علم المدين بوقوع الحوالة من غير طريق الاعلان أو القبول ، ووفاءه بالدين مع ذلك للمحيل ، فى حكم الغش . فكانت المادة ٤٣٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ — تبرأ ذمة المدين إذا لم يقبل الحوالة ووفى الدين للمحيل قبل أن يعلن بهذه الحوالة . ٢ — ومع ذلك لاتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء إذا أثبت الدائن المحال له أن المدين كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة » . وهذا النص هو الذى يتفق مع نصوص التقنينات الألمانى والسويسرى والإيطالى ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى شأنه ما يأتى : « يصح التساؤل فى ظل أحكام التقنين القائم (السابق) عما إذا كان فى الوسع أن يتخذ من الأمر الواقع بديل من الاجراءات التى يتطلبها القانون . فلو فرض أن المدين علم بانعقاد الحوالة فعلا ، فهل يجوز له أن يتمسك بعدم نفاذها فى حقه استناداً إلى أنه لم يعلن بها ؟ جرى أكثر الفقهاء فى فرنسا ، وشايعهم فى ذلك القضاء ، على أن علم المدين بحوالة لم يعلن بها ولم يقبلها يجعل وفاءه للمحيل فاسداً ، وفقاً لما هو مأثور من أن كل ما يترتب على الغش فاسد . وكذلك الشأن فى المحال له الثانى إذا تواطأ مع المحيل وعمد إلى الافتيات على حق المحال له الأول ، فحوالته هذه تعتبر باطلة وتنفذ فى حقه الحوالة الأولى . ويراعى من ناحية أخرى أن فريقاً كبيراً من الفقه والقضاء الفرنسيين يستند إلى المادة ١٣٨٢ —

ولكن ليس من الضرورى أن يكون علم المدين بوقوع الحوالة ، من غير الطريقين اللذين رسمهما القانون وهما الإعلان والقبول ، سبباً فى ثبوت الغش فى جانبه . فقد يصل إلى علمه أن الدائن قد حول حقه إلى آخر . ولكن لا يعلن بالحوالة ولا تعرض عليه لقبولها ، ثم يطالبه الدائن بالدين ، فيقع فى نفسه أن الحوالة التى سمع بها لا حقيقة لها ، فيوفى الدين للدائن . ولا يكون قد ارتكب

= (١٥١ / ٢٠٢ مصرى) ويفرع عليها بطلان كل تصرف يقع إخلالا بحوالة لم تعلن ولم تقبل متى كان المتصرف قد علم فعلا بتلك الحوالة ، وصدر فى تصرفه هـذا عن خطأ أو رعونة . ومؤدى ذلك أن البطلان يعتبر تعويضاً عن هـذا الخطأ أو تلك الرعونة وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . وقد نصت المادة ١٦٧ من تقنين الالتزامات السويسرى على أن ذمة المدين تبرأ على الوجه الصحيح إذا أوفى بالدين بحسن نية لدائنه السابق قبل أن يقوم المحيل أو المحال له بإبلاغه بالحوالة . فالتقنين السويسرى ، والحال هذه ، يقنع بالعلم الفعلى ، ولا يتطلب الدليل على غش أو تدليس ، بل هو لا يفترض توافر الخطأ . على أن هـذا التقنين لم يكن مبتدعاً فى هذه الناحيـة ، فقد سبقه التقنين الألمانى إلى ذلك ، ونص على المبدأ نفسه صراحة فى المادتين ٤٠٧ و٤٠٨ . وقد اختار المشروع هذا المبدأ باعتباره نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسى فى هذا الشأن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨ هامش رقم ١) . ولكن نص المادة ٤٣٢ حذف فى لجنة المراجعة « لأنه يتضمن حكماً تفصيلياً رؤى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٨ هامش رقم ١) . والواقع من الأمر أن الحكم ليس بتفصيل ، وقد كان المراد به العدول عن التصوير الفنى الفرنسى الذى يقتضى بأن علم المدين بالحوالة لا يعتد به إلا إذا كان حاصلا عن طريق الإعلان أو القبول ، إلى التصوير الفنى للتقنينات الأخرى (الألمانى والسويسرى والإيطالى) الذى يجعل العلم الفعلى يغنى عن العلم القانونى على أن يحمل المحال له عبء إثبات هذا العلم الفعلى . وليس دقيقاً ما تقرره المذكرة الإيضاحية من ان هذا التصوير الأخير هو نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسى . ولو بقى نص المشروع التمهيدى ولم يحذف ، لأمكن القول فى التقنين المدنى المصرى أن العلم الفعلى يغنى عن العلم القانونى . ولكن بعد حذف هذا النص ، وأمام صراحة نص المادة ٣٠٥ مدنى التى تقضى بأن « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ... » ، لم يبق مجال للقول فى التقنين المدنى المصرى أن العلم الفعلى يغنى عن العلم القانونى . فلا بد لنفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير من أن يعلم بها المدين علماً قانونياً — دون أن يكفى العلم الفعلى — عن أحد طريقين ، الإعلان أو القبول . ويستثنى من هذه القاعدة حالة الغش بطبيعة الحال . وقد لوحظ اتجاه من القضاء الفرنسى إلى التوسع فى هذا الاستثناء ، وافتراض الغش إذا ثبت أن المدين قد حصل له العلم بالحوالة « علماً خاصاً شخصياً » ، حتى ليكاد الاستثناء يستغرق القاعدة ، ويقلل من أهمية ما يشترطه القانون من شكلية فى وجوب تحصيل العلم القانونى عن طريق الإعلان أو القبول (بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥) .

غشاً فى هذا الوفاء(١). بل قد يعلم المدين حق العلم بوقوع الحوالة ، من غير الإعلان أو القبول ، ومع ذلك يطالبه الدائن بالدين ويلح فى الطلب ، ولا يكون لدى المدين دليل على صدق الحوالة ، فلا يسعه — بعد أن يخطر المحال له إن كان يعرفه ثم لا يفعل هذا شيئاً لجعل الحوالة نافذة — إلا أن يفى بالدين للدائن ، فلا يكون قد ارتكب غشا فى هذه الحالة ، ويكون وفاؤه مبرئاً لذمته بالرغم من علمه بالحوالة (٢).

كذلك ليس من الضرورى أن يكون علم المحال له الثانى بصدور الحوالة الأولى ، من غير طريق الإعلان أو القبول ، سبباً فى ثبوت الغش من جانبه . فقد يظن ، من جراء إبطاء المحال له الأول فى جعل الحوالة نافذة ، أن الحوالة الأولى قد نقضت بفسخ أو إبطال أو مقايلة أو نحو ذلك . بل قد يكون المحال له الثانى موقناً كل اليقين من صدور الحوالة الأولى ومن أنها لا تزال قائمة ، ولكن لا يثبت الغش مع ذلك فى جانبه ، بأن يكون قد اتفق مع المحيل على الحوالة الثانية قبل أن يعلم بالحوالة الأولى ، ثم يعلم بها . فلا يسعه فى هذه الحالة إلا أن يبادر إلى المحافظة على حقوقه بأن يجعل الحوالة الثانية نافذة باعلانها إلى المدين أو بحمله على قبولها ، وهو فى ذلك لم يرتكب غشاً ، ولم يرد الإضرار بحقوق المحال له الأول ، وإنما أراد دفع الضرر عن نفسه . وهذا هو أيضاً شأن الدائن العادى للمحيل إذا كان حقه ثابتاً قبل صدور الحوالة ، فانه إذا بادر إلى توقيع حجز تحفظى تحت يد المدين ، حتى بعد علمه بصدور الحوالة ، لا يكون قد ارتكب غشاً للإضرار بالمحال له ، وإنما هو يسعى لدفع الضرر عن نفسه(٣) .

---

(١) ماركاديه ٦ المادتان ١٦٨٩ و ١٦٩٠ فقرة ١ — هيك ٢ فقرة ٣٤٨ وما بعدها — جيللوار ٢ فقرة ٧٨١ — فقرة ٧٨٢ — بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥ — ويجوز أيضاً أن يكون الحق المحال به قد توافرت فيه الشروط اللازمة للمقاصة القانونية فى حق مقابل ترتب فى ذمة المحيل للمدين ، ولم يقبل المدين الحوالة ولم يعلن بها قبل وقوع المقاصة ، وإن كان قد علم بها قبل ذلك ، فعلمه الفعلى بالحوالة لا يمنع من وقوع المقاصة ، ولا يعتبر هذا العلم غشاً فى جانبه (بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ ص ٨٤٠) .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٧٩٣ — ٧٩٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ .

٣٦٩ – اجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة فى حق المدين والغير : ماقدمناه من وجوب الإعلان أو القبول لنفاذ الحوالة ينطبق ، كما أسلفنا ، على الحقوق المدنية والتجارية على السواء .

إلا أن هناك أوضاعاً خاصة ، هى فى الأصل أوضاع تجارية ، إذا أسبغت على الحق ، تجارياً كان أو مدنياً ، أصبحت له إجراءات خاصة لتكون حوالته نافذة فى حق الغير . فقد يكون سند الحق سنداً اسمياً (titre nominatif) ، أو سنداً إذنياً (titre à ordre) ، أو سنداً لحامله (titre au porteur) .

أما السند الإسمى فيشمل الأسهم (actions) والسندات (obligations) التى تتخذ هذا الوضع ، وهى إما أسهم وسندات للشركات المساهمة أو سندات على الدولة . وحوالة هذه السندات الإسمية تنعقد فيما بين المحيل والمحال له بالتراضى كما هى القاعدة العامة ، إلا أن هذه الحوالة لاتكون نافذة فى حق المدين أو فى حق الغير إلا بقيد الحوالة فى دفتر خاص يحتفظ به المدين : الشركة أو الدولة .

وأما السند الإذنى فيشمل الكمبيالات (lettres de change) والسندات الإذنية(billets à ordre) والشيكات الإذنية (chèques à ordre) ، ويشمل كذلك ماورد فى شأنه نص خاص كبوليصة التأمين (police d'assurance) وبوليصة الشحن (connaissement) وبوليصة التخزين (récépissé, warrant). وتنعقد حوالة السند الإذنى فيما بين المحيل والمحال له بالتراضى وفقاً للقواعد العامة . ولكنها لاتكون نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالتظهير (endossement)، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه فى ظهر السند . ومتى تم تظهير السند الإذنى : (١) فالمدين لايجوز له أن يوفى بالدين إلا لحامل السند بالتظهير لا إلى الدائن الأصلى . (٢) وإذا تنازع حامل السند بالتظهير مع آخر حول له السند عن طريق الإعلان أو القبول ، فان الأول هو الذى يتقدم ، ولو تأخر تاريخ التظهير عن تاريخ الإعلان أو القبول . (٣) ولا يجوز لدائنى المظهر (أى الدائن

الأصلى) أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المدين(١) .

وأما السند لحامله فيشمل الأسهم والسندات التى تحرر ابتداء لحاملها أياً كان . ويجوز إضفاء وضع السند لحامله على أى حق تجارى أو مدنى ، وبخاصة على الشيكات . وتنعقد الحوالة فيما بين المحيل والمحال له فى السند لحامله بالتراضى . وتكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير بالتسليم المادى ، فالسندات لحاملها تلحق إذن بالمنقولات المادية(٢) .

ونقتصر على هذا القدر فى هذه المسألة التى تعد من مباحث القانون التجارى.

---

(١) انظر فى عدم جواز التمسك بالدفوع فى السند الإذنى الذى ينتقل بالتظهير بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٧ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذه المسألة ، فكانت المادة ٤٤٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ – يجوز إثبات حق مدنى فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند لحامله . وفى هذه الحالة تتم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم . ٢ – ويجوز لصاحب السند فى هذه الحالة أن يحتج بجميع الدفوع التى يجوز للمحال عليه أن يحتج بها وفقاً لما جاء بالمادة ٤٣٩ » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لا يشترط اتخاذ الأجراءات المقررة فى المادة ٤٣٠ فى الحالات التى يواجهها هذا النص . فالقاعدة هى اتباع الأوضاع المقررة فى قانون التجارة فى حوالة الحق ولوكان مدنياً ، متى أثبت شكلا فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند لحامله . وتسرى على المحال عليه ، فى هذه الحالة ، أحكام المادة ٤٣٩ فيما يتعلق بما يجوز له التمسك به من الدفوع أو أوجه الدفع العادية » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٢ — ص ١٣٤ فى الهامش) .

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الحق

٢٧٠ – تطبيق القواعد العامة – علاقات متنوعة : حوالة الحق عقد أو اتفاق يخضع فى تكوينه وفى الآثار التى تترتب عليه للقواعد العامة التى تخضع لها العقود والاتفاقات . وقد رأينا ذلك فى تكوين الحوالة ، وهذا هو الأمر أيضاً فى الآثار التى تترتب عليها .

فان كانت حوالة الحق معاوضة – بيعاً أو وفاء بمقابل أو رهناً أو هبة بعوض – فان الآثار التى تترتب عليها هى الآثار التى تترتب على أى من هذه العقود اشتملت عليه الحوالة . ففى البيع يلتزم المحيل بنقل الحق وبضمان الاستحقاق ، ويلتزم المحال له بدفع الثمن . وقس على ذلك الوفاء بمقابل والرهن والهبة بعوض .

وإن كانت حوالة الحق تبرعاً محضاً ، أى هبة بغير عوض ، ترتب عليها من الآثار ما يترتب على الهبة ، فيلتزم المحيل بنقل الحق وبضمانه إذا أخفى سبب الاستحقاق ، ولا يلتزم المحال له باداء عوض ما .

هذا هو تطبيق القواعد العامة . غير أن الحق الشخصى الذى هو محل الحوالة تقتضى طبيعته الخاصة أن تقوم علاقات متنوعة تتناول المحال له والمحيل والمحال عليه والغير .

فهناك علاقة تقوم بين المحال له والمحيل ، وأخرى تقوم بين المحال له والمحال عليه ، وثالثة تقوم بين المحيل والمحال عليه ، ورابعة تقوم بين المحال له والغير ممن استمد حقاً من المحيل .

فنبحث على التعاقب كلا من هذه العلاقات الأربع .

الفرع الأول

علاقة المحال له بالمحيل

٢٧١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط »

وتنص المادة ٣٠٨ على ما يأتى :

« ١ — إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بذلك » .

« ٢ — أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق » .

وتنص المادة ٣٠٩ على ما يأتى :

« ١ — لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » .

« ٢ — وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٣١٠ على ما يأتى :

« إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتنص المادة ٣١١ على ما يأتى :

« يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان »(١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٧ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تشمل حوالة الحق توابعه كالكفالة والامتياز والرهن الرسمى ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط» وفى لجنة المراجعة حذفت كلمة « الرسمى » الواردة بعد كلمة « الرهن » ليدخل الرهن الرسمى وغيره من الرهون ، واستبدلت بكلمة « توابعه » كلمة « ضماناته » تنسيقاً بين هذه المادة والمادة ٣١٨ ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه المادة ٣١٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ — ص ١٢٢) .

م ٣٠٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن فى آخرها عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك ». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة « حتى يتمشى حكم هذه الفقرة مع حكم المادة ٤٣٧ من المشروع (وتقابل المادة ٣١٠ من التقنين المدنى الجديد)، لأن المحيل بغير عوض لم يستول على شىء حتى يرده فى حالة الضمان المتفق عليه » . فأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها المادة ٣٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٢ — ص ١٢٣) .

م ٣٠٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢١ من المشروع النهائى ، فمجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥) .

م ٣١٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٢ من المشروع النهائى . وقد ذكر فى هذه اللجنة ، بعد أن تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان المقصود من الحكم الأخير منع الربا « أن المقصود من هذا الحكم أن يتحمل المحال له الغنم والغرم ، لأن الحوالة تنطوى على معنى المضاربة » . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦) .

م ٣١١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً أزالته لجنة المراجعة ، فأصبح التطابق تاما ، وصار رقم المادة ٣٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٥١ - ٥٣٩/٣٥٣ - ٤٤١ (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٣٠٧-٣١١ - وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٩٤ - ٢٩٨ - وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣٦٥ و ٣٦٨ - ٣٧١، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٨٤ - ١/٢٨٥(٢).

---

(١) التقنين المدنى السابق م ٤٣٩/٣٥١ : لا يضمن البائع المشترى إلا وجود الحق المبيع فى وقت البيع ، وضمانه تكون قاصرة على ثمن المبيع والمصاريف .

م ٤٤٠/٣٥٢ : لا يضمن المحيل يسار المدين فى الحال ولا فى الاستقبال إلا إذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين .

م ٤٤١/٣٥٣ : إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو بمجرد حق ، فلا يكون مسئولا عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق .

وأحكام التقنين المدنى السابق لا تختلف عن أحكام التقنين المدنى الجديد .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٠٧ — ٣١١ (مطابقة للمواد ٣٠٧ — ٣١١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٢٩٤ — ٢٩٥ و ٢٩٧ — ٢٩٨ (مطابقة للمواد ٣٧٠ — ٣٠٨ و ٣١٠ — ٣١١ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٢٩٦ (مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٦٥ و ٣٦٨ و ٣٧٠ (مطابقة للمواد ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣١٠ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٣٦٩ (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٣٧١ : يضمن المحيل تعديه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان (وهى موافقة فى الحكم للمادة ٣١١ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٢٨٤ : يجب على المتفرغ أن يسلم إلى المتفرغ له سند الدين ، وأن يخوله ما لديه من الوسائل لإثبات الحق المتفرغ عنه والحصول عليه . وهو يضمن للمتفرغ له — فيما خلا التفرغ المجانى — وجود الحق المتفرغ عنه وقت إجراء التفرغ مع صحة هذا الحق ، غير أنه لا يضمن ملاءة المديون . أما إذا كان الاتفاق ينص على العكس فيما يختص بملاءة المديون ، فيجب أن يكون النص الراجع إليها مقتصراً على الملاءة الحاضرة ، وأن تقتصر التبعة على قيمة بدل التفرغ ، إلا إذا كان هناك تصريح مخالف .

م ١/٢٨٥ : إن التفرغ ينقل إلى المتفرغ له الدين مع جميع ملحقاته ، كالكفالة والامتياز والرهن والتأمينات العينية غير المنقولة ، وفاقا للصيغ والشروط المنصوص عليها فى قانون الملكية والحقوق العينية ، كما ينقل جميع العيوب الملتصقة بالدين والخصائص الملازمة له . =

ويتبين من هذه النصوص أنه فى العلاقة ما بين المحال له والمحيل :(١) ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة ، وينتقل هذا الحق كما هو بما له من صفات وبما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفوع (١). (٢) يلتزم المحيل نحو المحال له بالضمان .

أما ما يلتزم به المحال له نحو المحيل فيختلف باختلاف الحوالة . فان كانت الحوالة بيعاً ، التزم المحال له بدفع الثمن . وإن كانت مقايضة أو وفاء بمقابل ، التزم المحال له بأداء العوض (٢) . وإذا كانت هبة ، لم يلتزم المحال بأداء أى عوض ، إلا إذا كانت هبة بعوض فيلتزم بأداء هذا العوض . وإن كانت رهنا ، التزم المحال له — بمقتضى مصدر آخر لا بعقد الحوالة — أن يوفى المحيل الحق الذى يضمنه الرهن ؛ وهكذا . فالتزام المحال له نحو المحيل يختلف إذن باختلاف الحوالة ، ودراسة هذا الالتزام تدخل فى دراسة العقد الذى اشتملت عليه الحوالة ، فلا شأن لنا به هنا .

وإنما يعنينا أن نبحث ما يلتزم به المحيل نحو المحال له : انتقال الحق المحال به والضمان .

= وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى ، وإن كان يجعل رجوع المحال بالضمان على المحيل مقصوراً فى الأصل على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات ، إلا أنه يجيز الاتفاق على غير ذلك ، فيصح أن يشترط المحال له فى عقد الحوالة أن يرجع بكل الحق . أما التقنين المدنى المصرى فيحتم أن يكون الرجوع مقصوراً على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات ، ولا يبيح الاتفاق على غير ذلك (انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٢٩) .

(١) على أنه إذا كانت الحوالة على سبيل الرهن ، فإن ملكية الحق لا تنتقل إلى المحال له ، بل ينتقل إليه حق عينى عليه هو حق الرهن .

(٢) وقد يكون العوض وفاء دين ، فإذا نزل شريك لشريكه عن نصيبه فى الشركة فى مقابل دفع ديون الشركة التى تخصه ، كانت هذه حوالة صحيحة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠) .

المبحث الأول

انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له

٢٧٢ — انتقال الحق بصفاته وتوابعه : قلنا إن الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل إلى المحال له . والحق الذى ينتقل هو نفس الحق الذى كان فى ذمة المحال عليه للمحيل ، فينتقل إذن بصفاته ودفوعه ، ثم تنتقل معه أيضا توابعه (١) .

المطلب الأول

إنتقال الحق بصفاته ودفوعه

٢٧٣ — انتقال نفس الحق بمجرد انعقاد الحوالة : بمجرد أن تنعقد الحوالة بين المحيل والمحال له ، أى حتى قبل أن تكون نافذة فى حق المدين وفى حق الغير بالإعلان أو القبول ، ينتقل نفس الحق المحال به من المحيل إلى المحال له(٢) ، وينتقل بكل قيمته حتى لو كان المحال له دفع فيه ثمناً أقل كما هو الغالب(٣). ذلك أن الحق المحال به ، وإن كان حقاً شخصياً ، يعتبر منقولا معيناً بالذات ،

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢١ .

(٢) استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٨ .

(٣) وقد قضت محكمة دمياط بأنه إذا اشترى المحال له الدين بأقل من قيمته الإسمية ، كان له الحق فى مطالبة المدين بكامل الدين (٧ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٥٠ ص ٣١٠) . هذا ما لم يكن الدين متنازعاً فيه ، فعند ذلك يجوز للمدين التخلص من الدين برده الثمن الذى دفعه المحال له للمحيل والمصروفات والفوائد من وقت الدفع ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٥٣) .

ولا يرجع المحال له على المدين بمصروفات الحوالة ذاتها ، فهذه يتحملها هو (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٠ — ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١١) .

فتنتقل ملكيته فيما بين المتعاقدين — أى فيما بين المحيل والمحيل له — بمجرد العقد دون حاجة إلى أى إجراء آخر (١) .

والحق الذى ينتقل هو نفس الحق الذى كان فى ذمة المدين للمحيل ، فيصبح — بعد أن تصير الحوالة نافذة فى حق المدين — فى ذمة المدين للمحال له . ولما كان الذى ينتقل هو نفس الحق ، فانه ينتقل بما له من صفات وما عليه من دفوع . فان كان حقاً مدنياً أو تجارياً ، انتقل بصفته هذه إلى المحال له . و إن كان حقاً قابلا للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمى ، انتقل إلى المحال له بهذه الصفة أيضاً . و إن كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل بقابليته لإنتاج الفوائد . وهكذا .

كذلك ينتقل الحق بما عليه من دفوع ، فيجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفوع التى كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل ، وسيأتى بيان ذلك .

ويترتب على ما قدمناه أنه بعد انعقاد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، يمتنع على المحيل أن يطالب المدين بالحق المحال به . فاذا وفاه المدين الدين وهو حسن النية لا علم له بالحوالة ، فان الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة من جانب المدين ، ولكن المحيل يكون مسئولا قبل المحال له بالضمان .

٢٧٤ — تسليم سند الحق ووسائل اثباته : وانتقال الحق إلى المحال له يقتضى أن يلتزم المحيل بتسليم المحال سند هذا الحق والوسائل التى تؤدى إلى إثباته . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٣٤ من هذا المشروع (٢) تجرى على الوجه الآتى : « يجب على المحيل أن يسلم إلى المحال له سند الحق المحال به ، و إن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضرورى من بيانات لتمكينه من حقه » . وقد

---

(١) وقد سبقت الإشارة إلى أنه يحسن القول بأن الحق ينتقل بالحوالة ، دون القول بأن الحوالة تنشىء التزاماً بنقل الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه (انظر آنفاً فقرة ٢٦٣) .

(٢) انظر أيضاً المادة ٣٦٧ من التقنين المدنى العراقى والمادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

حذف هذا النص فى لجنة المراجعة(١) ، ولكن حذفه لا يفيد أن حكمه قد نسخ ، ففى تطبيق القواعد العامة غناء عنه .

والذى يقع عادة أن سند الحق هو الذى تدون فيه الحوالة ، ويسلمه المحيل إلى المحال له كمستند لصدور الحوالة ذاتها وكمستند للحق المحال به فى وقت واحد. فإذا كان الحق المحال به غير ثابت بالكتابة ، صحت مع ذلك حوالته كما قدمنا ، وعلى المحيل أن يهيىء للمحال له وسائل إثبات هذا الحق من بينة وقرائن وغير ذلك .

وإذا كان المحال به هو جزء من الحق ، بقى السند مشتركاً بين المحيل والمحال له(٢) .

وسنرى أن توابع الحق تنتقل معه . فإذا كان هناك ضمان لحق المحال به ، وجب على المحيل تمكين المحال له من هذا الضمان ، بأن يعاون فى التأشير على هامش القيد إذا كان الضمان هو رهن رسمى أو رهن حيازى عقارى أو حق امتياز عقارى أو حق اختصاص ، وبأن يسلم للمحال له سند الكفالة إذا كان الضمان هو كفيل شخصى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ فى الهامش — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تسليم الحقوق المبيعة يكون باعطاء سنداتها للمشترى بالترخيص له فى الانتفاع بها إذا لم يوجد مانع من الانتفاع (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) . وإذا كانت الحوالة بمقابل ، ولم يدفع المحال له هذا المقابل للمحيل ، كان لهذا الأخير أن يحبس سند الدين حتى يستوفى المقابل . وقد نصت محكمة استئناف مصر بأن التنازل عن الدين يعتبر بمثابة عقد بيع بمقتضى المادة ٣٤٨ مدنى ، تسرى عليه قواعد البيع ، ويكون للبائع حق حبس المبيع إذا لم يكن سلمه إلى المشترى ، كما يجوز له أن يسترد المبيع إذا كان قد سلمه إليه (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) . وإذا لم يوف المحال له القسط الأخير من مقابل الحوالة للمحيل ، وكان المحيل قد اشترط فى هذه الحالة أن يكون له حق تقدم على الحق المحال به فيما يتبقى من المقابل ، لم يجز للمحيل أن يفسخ الحوالة ، وحل محل المحال له فى جزء من الحق المحال به بمقدار ما تبقى من المقابل (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٣) .

(٢) ويمكن إيداع السند عند أمين لحساب كل من المحيل والمحال له . وإذا كان السند ورقة رسمية ، جاز استخراج صورة منها للمحال له أو للمحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٠٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٥) .

المطلب الثانى

انتقال توابع الحق المحال به

٢٧٥ — انتقال ضمانات الحق : قدمنا أن المادة ٣٠٧ مدنى تقضى بأن تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن . وهذا طبيعى ، فان ضمانات الحق هى من توابعه ، ومن شأنها أن تؤكده وتقويه . ولا شك فى أن المحال له اعتمد عليها عندما حول له الحق . فما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على عدم انتقال هذه الضمانات أو بعضها ، فانها تنتقل من غير حاجة إلى ذكر ذلك فى عقد الحوالة بحكم أنها من توابع الحق المحال به(١) .

وقد ذكر النص الكفالة والامتياز والرهن ، ولم يذكر ذلك على سبيل الحصر ، بل على سبيل التمثيل . فكل ضمانات الحق المحال به تتبعه وتنتقل معه إلى المحال له ، سواء كانت هذه الضمانات عينية كالرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى وحقوق الامتياز ، أو كانت شخصية كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسام .

فاذا كان للحق المحال به كفيل شخصى ، بقى هذا الكفيل ضامناً الحق للمحال له كما كان ضامناً إياه للمحيل ، ولا حاجة لرضائه بالحوالة(٢) إذ هو يكفل المدين ، وشخص المدين هو الذى يعنيه والمدين لم يتغير وإنما تغير الدائن ، شأنه فى ذلك شأن المدين نفسه وقد تغير عليه الدائن دون حاجة إلى رضاه . على أنه لا بد من إعلان الكفيل بالحوالة أو قبوله لها حتى يعلم بها ، فانه إذا كان لا يعلم بالحوالة ووفى الدين عن المدين كان الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمته .

وإذا كان المدينون فى الحق المحال به متعددين وكانوا متضامنين ، فان الحق ينتقل إلى المحال له قبل هؤلاء المدينين المتضامنين جميعاً ، ولابد من إعلانهم

---

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٩ .
(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٥ .

كلهم بالحوالة أو قبولهم لها حتى تنفذ فى حقهم كما سبق القول . وكذلك الأمر لو كان الدين غير قابل للانقسام وكان مدينوه متعددين(١) .

٢٧٦ — انتقال ما حل من فوائد وأقساط : وتقول المادة ٣٠٧ مدنى أيضاً إن حوالة الحق تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط . وقد قدمنا أن الحق ينتقل بصفاته إلى المحال له ؛ فلو كان حقاً مقسطاً أو كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل على هذه الصفة . ويكون للمحال له فى هذه الحالة الحق فى قبض الفوائد والأقساط التى لم تحل ، ولو كان ذلك عن مدة سابقة على عقد الحوالة . فلو أن حقاً ينتج فوائد قسط أقساطاً سنوية ، ويحل القسط الأول منه هو والفوائد فى آخر عام ١٩٥٧ ، وحول الحق فى آخر شهر يونيه سنة ١٩٥٧ ، فان المحال له يستحق أقساط الحق وفوائده ، ويدخل فى ذلك القسط الأول ولو أن بعضه عن نصف سنة سابقة على صدور الحوالة ، ويدخل فى ذلك أيضاً فوائد الحق جميعها ولو أن بعضها مستحق عن نصف السنة السابقة على الحوالة .

بل إن المحال له يستحق ما حل فعلا وقت صدور الحوالة من فوائد وأقساط مادام المحيل لم يقبضه . فلو أن الحوالة فى المثل المتقدم صدرت بعد آخر عام ١٩٥٧ ، ولم يكن القسط الأول والفوائد قد دفعت قبل صدور الحوالة ، فان المحال له يستحقها جميعا ولو أنها مستحقة عن مدة كلها سابقة على الحوالة . ذلك أنها تعتبر من توابع الحق المحال به ، فما لم يحتفظ المحيل بها صراحة أو ضمنا ، فان المفروض أنه قبل أن تنتقل مع الحق المحال به إلى المحال له ، شأنها فى ذلك شأن التوابع الأخرى(٢) .

---

(١) وتنتقل أيضاً مع الحق المحال به كل ميزة أخرى متصلة بالحق ولو لم تكن ضماناً له . فلو أن مستأجراً حصل من المؤجر فى عقد الإيجار على وعد ببيع العين المؤجرة ، ثم نزل المستأجر من الإيجار لآخر ، فإن المتنازل له ينتقل إليه حق المستأجر فى الإيجار ومعه الحق فى الوعد بالبيع الصادر من المؤجر (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١١) .

(٢) ديرانتون ١٦ فقرة ٥٠٧ — هيك ٢ فقرة ٤٤٨ — بودرى وسينيا فقرة ٨١٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٢ — ص ٥١٣ — انظر عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥٣٣ .

٢٧٧ — انتقال الدعاوى التى تؤكد الحق المحال به دون الدعاوى التى تنافيه : وقد يصحب الحق المحال به دعاوى بعضها تؤكده وبعضها تنافيه ، فالدعاوى التى تؤكده هى التى تنتقل معه إلى المحال له لأنها تعتبر من توابع الحق ، أما الدعاوى التى تنافيه فهى تتعارض معه ولا تعتبر من توابعه فلا تنتقل إلا باتفاق خاص بين المحيل والمحال له .

ولإيضاح ذلك نفرض أن البائع قبل أن يستوفى الثمن من المشترى حول هذا الحق إلى آخر وكان البائع يحق له أن يبطل هذا البيع لسبب يرجع أما إلى نقص فى الأهلية أو إلى عيب فى الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه . فهنا صحب الحق المحال به دعويان : الأولى دعوى الفسخ لعدم وفاء المشترى بالثمن ، والأخرى دعوى الإبطال لنقص الأهلية أو للعيب فى الإرادة .

أما دعوى الفسخ فمن شأنها أن تؤكد الحق المحال به ، إذ هى بمثابة ضمان للبائع لاستيفاء حقه من المشترى ، وتعدل حق الامتياز على المبيع . وإذا كان حق الامتياز يكفل للبائع أن يستوفى الثمن ببيع العين المبيعة جبراً على المشترى ، فان دعوى الفسخ تكفل للبائع أن يسترد العين المبيعة ذاتها ، وقد يكون مجرد التهديد بها كافياً لدفع المشترى إلى الوفاء بالثمن (١). ومن ثم تنتقل دعوى الفسخ بالحوالة من المحيل إلى المحال له (٢) ، ويستطيع هذا إذا لم يستوف من المشترى الثمن المحال به أن يفسخ البيع كما لو كان هو البائع ويأخذ العين المبيعة بدلا من الثمن (٣).

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٣ — ص ٨٥٤ .

(٢) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٢٩ ص ٣١٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٧ — انظر عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥١٥ — الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ .

على أن هناك حالات لا يستطيع فيها المحال له أن يفسخ البيع ويأخذ المبيع من المشترى ، وذلك عندما يكون المبيع متصلا اتصالا وثيقاً بملك البائع ، كما إذا كان حق ارتفاق رتبه البائع للمشترى على [illegible] أو حائطا جعله البائع مشتركا بينه وبين المشترى . فى مثل هذه الحالات مقتضى الفسخ أن يزول الارتفاق ولكن لمصلحة البائع لا لمصلحة المحال له ، أو أن ترجع الحائط ملكاً خالصاً ولكن للبائع لا للمحال له ، فلا يفيد المحال شيئاً من الفسخ . ومن ثم تستعصى طبائع الأشياء على أن يكون للمحال له دعوى الفسخ ، فلا تنتقل هذه الدعوى مع الحق المحال به إلى المحال له (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١٣) .

وأما دعوى الإبطال فانها تنفى الحق المحال به . ذلك أن البائع إذا حول الثمن ، فهو بهذه الحوالة يؤكد وجوده فى ذمة المشترى ، ومما ينافى هذا التأكيد إبطال البيع — وهو مصدر الالتزام بالثمن — لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الإرادة . والبائع : عند الحوالة بالثمن ، إما أن يكون عارفاً بوجود دعوى الإبطال ، فاقدامه على حوالة الثمن يعتبر إجازة ضمنية للبيع ، وإما أن يكون غير عارف بوجود هذه الدعوى، فلا يمكن افتراض أنه أراد تحويلها . ومن ثم لا تنتقل دعوى الإبطال مع الحق المحال به ، لأنها لا تعتبر من توابع هذا الحق ، إذ هى لا تؤكد وجوده بل تنفى هذا الوجود . كل ذلك ما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على انتقال دعوى الإبطال مع الحق المحال به (١) .

المبحث الثانى

إلتزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له

٢٧٨ — مسألتان : إذا استعرضنا نصوص المواد ٣٠٨ — ٣١١ مدنى السالف ذكرها ، وهى النصوص الخاصة بالتزام المحيل بضمان الحق المحال به ، وجدنا أن هناك مسألتين : (١) ما يضمنه المحيل للمحال له (٢) وما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان .

المطلب الأول

ما يضمنه المحيل للمحال له

٢٧٩ — حالات مختلفة : أول ما يضمن المحيل أفعاله الشخصية ، فان المادة ٣١١ مدنى تنص كما رأينا ، على أن « يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » .

---

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ٤٩ — جيلوار ٢ فقرة ٨١٩ — هيك ٢ فقرة ٤٤٩ — بودرى وسينيا فقرة ٨١٢ ص٨٥٢ — ص٨٥٣ — وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٤ .

ثم هو بوجه عام يضمن — عدا أفعاله الشخصية — وجود الحق الذى حوله ، وهذا هو الضمان بحكم القانون (garantie de droit) . ويجب التمييز فى ذلك بين ما إذا كانت الحوالة بعوض أو كانت بغير عوض .

وقد يتفق مع المحال له على ضمان أخف أو أشد من هذا الضمان الذى يفرض عليه بحكم القانون ، وهـذا هو الضمان الاتفـاقى أو الضمان الواقعى (garantie de fait) . وهنا أيضا يجب التمييز بين الحوالة بعوض والحوالة بغير عوض .

فتجتمع لنا بذلك الحالات الآتية : (١) ضمان المحيل لأفعـاله الشخصية . (٢) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم القانون . (٣) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم الاتفاق . (٤) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القانون . (٥) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق .

٢٨٠ — ضمان المحيل لأفعاله الشخصية : يضمن المحيل للمحال له جميع الأفعال التى تصـدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله .

فيكون مسئولا ، بحكم هذا الضمان ، إذا هو بعد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، استوفى الحق من هذا الأخير ، سواء كان متواطئاً معه أو غير متواطىء ، وسواء كان المدين يعلم بصدور الحوالة أو لا يعلم . فان فعل ذلك ، رجع عليه المحال له بالضمان على الوجه الذى سنبينه ، لأن المحيل مسئول عن الفعل الشخصى الذى صدر منه بعد صدور الحوالة ، وهذا الفعل هو استيفاء الحق من المدين .

ويكون مسئولا أيضاً ، بحكم هذا الضمان ، إذا هو بعد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير ، تصرف فى الحق المحال به تصرفاً مناقضاً للحوالة الأولى ، بأن باعه مرة أخرى أو وهبه أو رهنه أو أجرى فيه أى تصرف آخر . فاذا عمد المحيل بعد الحوالة الأولى إلى تحويل الحق مرة أخرى إلى محال له ثان ، واستطاع هذا المحال له الثانى جعل حوالته نافذة فى حق المحال له الأول ، رجع المحال له الأول على المحيل بالضمان من جراء فعل شخصى صدر منه ، هو تصرفه فى الحق المحال به بعد أن حوله .

ويكون مسئولا كذلك ، بحكم هذا الضمان ، إذا عمد أحد دائنيه ، بعد صدور الحوالة وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير ، إلى توقيع حجز تحفظى على الحق المحال به وصار هذا الحجز نافذاً فى حق المحال له . فان المحال له فى هذه الحالة يرجع بالضمان على المحيل بسبب أن الحجز التحفظى ، وإن لم يكن عملا شخصياً صادراً من المحيل نفسه ، هو عمل صادر من جهته وبسبب الدين الذى فى ذمته للدائن الحاجز .

والمحيل مسئول عن أفعاله الشخصية التى تصدر بعد الحوالة على النحو الذى قدمناه ، مادامت هذه الأفعال تنتقص من الحق المحال به أو تنتقص من توابعه كرهن أو أى ضمان آخر(١) . ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ، وأن يكون الضمان بحكم القانون أو بحكم اتفاق يشدد أو يخفف من مسئولية المحيل ، بل تتحقق المسئولية على النحو المتقدم حتى لو اشترط المحيل عدم الضمان . فالمسئولية هنا ناشئة عن خطأ تقصيرى ، ولا يجوز الاتفاق على استبعاد أو تعديل المسئولية . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣١١ مدنى كما رأينا ، إذ تقول : « يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان »(٢) .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٥٨ .

(٢) وقد يقال إن المسئولية هنا ناشئة عن عقد الحوالة ، وأن المادة ٣١١ مدنى ليست تقريراً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، بل هى تفرض على المحيل التزاماً بضمان أفعاله الشخصية نشأ من تعاقده مع المحال له . ولكن يعترض هذا القول أنه لو صح جاز للمحيل اشتراط عدم الضمان عن فعله الشخصى الذى لا يعتبر غشاً أو خطأ جسيماً ، إذ يجوز للمدين فى المسئولية العقدية أن يشترط إعفاءه من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم (م ٢١٧/٢ مدنى) ، فى حين أن المادة ٣١١ مدنى تبطل اشتراط عدم الضمان عن أى خطأ ، دون تمييز بين خطأ وخطأ . ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا تحققت مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، كان ملتزماً بتعويض المحال له تعويضاً كاملا ، ولا يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات . وهذا الحكم يتمشى ، لا فحسب مع قواعد المسئولية التقصيرية ، بل أيضاً مع قواعد المسئولية العقدية . أما ما نصت عليه المادة ٣١٠ مدنى من أن التزام المحيل بالضمان يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، فإن هذا لا يشمل مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، إذ أن هذه المسئولية لا يتناولها حكم المادة ٣١٠ مدنى كما سيأتى (انظر فقرة ٢٨٥) .

٢٨١ – الضمان في الحوالة بعوض بحكم القانون : إذا كانت الحوالة بعوض ، ولم يكن هناك اتفاق خاص على الضمان بين المحيل له ، فان المحيل يضمن للمحال له ، بحكم القانون(١) ، وجود الحق المحال به وقت الحوالة(٢) . وهذا هو ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ مدنى ، فقد رأينا أنها تنص على أنه « إذا كانت الحوالة بعوض، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة(٣) » .

ويكون الحق المحال به غير موجود وقت صدور الحوالة ، فيجب على المحيل

---

(١) نقول بحكم القانون ، أى دون أن تكون هناك حاجة إلى اتفاق خاص ، وإلا فإن الالتزام بالضمان مصدره عقد الحوالة ، الذى التزم المحيل بموجبه أن ينقل الحق المحال به إلى المحال له ، ولم يقم بالتزامه . تبقى حالة ما إذا كان الحق المحال به غير موجود أصلا، إذ قد يقال إن الحوالة فى هذه الحالة تكون باطلة لانعدام محلها ، والعقد الباطل لا ينشئ التزاماً بالضمان ، إذ لا يترتب أثر على العقد الباطل . والقول بأن أساس الالتزام بالضمان فى هذه الحالة هو الخطأ عند تكوين العقد (انظر الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢٦ هامش رقم ١) يعارضه أن المشرع المصرى قد استبعد هذه النظرية بعد أن كان المشروع التمهيدى (م ٢٠٤ من المشروع) قد نص عليها . فلا يبقى إذن إلا القول بأن المسئولية هنا مسئولية قانونية ، حدد القانون (م ٣٠٨ مدنى) نطاقها ، فجعل الجزاء فيها مقصوراً على رد الثمن والمصروفات ولم يجعله تعويضاً كاملا ، وأجاز استبعادها باتفاق خاص . أما إذا قلنا بأن المسئولية لا تزال مسئولية عقدية ، فلا بد من افتراض أن عقد الحوالة إذا وقع على حق غير موجود يبقى قائماً من حيث إلزام المحيل بالضمان . فكأن الحوالة تفترض وجود عقد آخر إلى جانبها يلزم المحيل بالضمان إذا كان الحق المحال به غير موجود ، فاذا كانت الحوالة باطلة لانعدام محلها ، فان هذا العقد الآخر يبقى قائما وهو مصدر الالتزام بالضمان (ويؤيد ذلك أن الحوالة فى التقنين الألمانى تشتمل على اتفاق ناقل للالتزام وهذا عقد مجرد واتفاق منشىء لالتزامات شخصية : انظر ما يلى فقرة ٣١٣ فى الهامش) . أو يقال إن عقد الحوالة الباطل قد تحول هو ذاته إلى عقد منشىء للالتزام بالضمان ، طبقاً لنظرية تحول العقد : انظر المادة ١٤٤ مدنى ، وانظر فى هذا المعنى فيما يتعلق ببيع ملك الغير الأستاذ سليمان مرقس والأستاذ محمد على امام فى عقد البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦١ — ص ٤٦٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢ — مصر مستعجل ٢٨ يوليه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ١٨١ ص ٤١٨ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ .

الضمان ، إذا كان مصدر هذا الحق عقداً باطلا(١) . فاذا كان مصدر الحق عقداً قابلا للابطال لمصلحة المدين الذى ترتب الحق فى ذمته ، وأبطله هذا فعلا ، صار الحق غير موجود ووجب الضمان على المحيل ، حتى لو كان الحكم بالإبطال قد صدر بعد صدور الحوالة ، لأن للابطال أثراً رجعياً فيعتبر الحق كأنه لم يوجد أصلا ، ومن ثم لا يكون موجوداً وقت صدور الحوالة(٢). ويجب الضمان أيضاً على المحيل إذا كان الحق المحال به قد انقضى قبل صدور الحوالة بأى سبب من أسباب الانقضاء ، كأن يكون المحيل قد استوفاه أو قضاه بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو أن يكون الحق قد انقضى بالتقادم . أما إذا كان الحق قد انقضى بعد صدور الحوالة بفعل المحيل ، كما إذا كان قد استوفاه أو جدده أو أبرأ منه ذمة المدين بعد أن صدرت منه الحوالة ، فانه يكون ملتزماً بالضمان ، ولـكن بسبب فعل شخصى قد صدر منه على النحو الذى قدمناه . ويصح أيضاً أن يكون الحق المحال به قد انعدم وقت صدور الحوالة ، فيجب الضمان على المحيل ، إذا كان هذا الحق معلقاً على شرط فاسخ ولا يعلم المحال له بهذا الشرط ، ثم تحقق الشرط الفاسخ قبل صدور الحوالة أو بعد صدورها ، فينعدم الحق بأثر رجعي ويتبين أنه لم يكن موجوداً وقت الحوالة ، فيكون المحيل ملتزماً بالضمان. أما لو كان المحال له يعلم أن الحق معلق على شرط فاسخ وقبل الحوالة على هذا الوصف ، ثم تحقق الشرط بعد صدور الحوالة ، فانه لا يرجع بالضمان على المحيل .

كذلك يكون الحق غير موجود قبل صدور الحوالة ، فيجب على المحيل الضمان ، إذا ظهر أن المحيل كان قد تصرف فيه قبل حوالته ، بأن كان مثلا ، بموجب حوالة سابقة ، قد باعه أو وهبه أو رهنه وأصبحت هذه الحوالة السابقة

---

(١) ومثل ذلك أيضاً إذا أعطى صراف عميلا ورقة « بنكنوت » مزورة ، ولو كان الصراف يجهل تزويرها ، فان تسليم الورقة إلى العميل يعد بمثابة حوالة حق غير موجود ، فيلتزم الصراف بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨١٩) . وكان فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق يجب الضمان على المحيل إذا لم يقبل المدين الحوالة (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨١٩ — ولـكن إذا كان الحق المحال به فى ذمة قاصر ، وحوله الدائن إلى محال له يعلم بأن الحق قابل للابطال بسبب قصر المدين ، لم يكن للمحال له الرجوع بالضمان على المحيل إذا طلب القاصر إبطال العقد (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٥٦) .

نافذة فى حق الغير . أما إذا كان التصرف قد صدر بعد انعقاد الحوالة ولكنه أصبح نافذاً قبل نفاذها ، فان المحيل يكون ملتزماً بضمان فعله الشخصى على النحو الذى قدمناه(١) .

وكما يكون المحيل ملتزماً بضمان وجود الحق ، يكون أيضاً ملتزماً بضمان وجود توابعه التى تنتقل معه . فان كان للحق المحال به تأمين ، كرهن أو امتياز أو كفالة ، ضمن المحيل للمحال له ، بحكم القانون ودون حاجة إلى اتفاق خاص ، هذا التأمين(٢) . وهو لا يضمن إلا وجود التأمين فى ذاته ، أى وجود الرهن أو الامتياز أو الكفالة ، دون أن يضمن كفاية الرهن أو الامتياز أو ملاءة الكفيل إلا إذا كان بينه وبين المحال له اتفاق خاص على ذلك ، وفى هذه الحالة نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقى(٣) .

وضمان وجود الحق وتوابعه بحكم القانون إنما ينصب على هذا الوجود وقت انعقاد الحوالة . فاذا كان كل من الحق وتوابعه موجوداً فى ذلك الوقت ، فقد برئت ذمة المحيل من الضمان ، ولو انقضى الحق أو شىء من توابعه بعد ذلك بسبب لا يرجع إلى المحيل . مثل ذلك أن يكون الحق قد بدأ التقادم يسرى ضده

---

(١) كذلك إذا تبين أن دائناً للمحيل قد حجز حجزاً تحفظياً على الحق المحال به قبل صدور الحوالة ، فإن المحيل يكون ملتزماً بالضمان . أما إذا كان الحجز قد وقع بعد صدور الحوالة ولكن قبل نفاذها فى حق الدائن ، فإن المحيل يكون مسئولا عن ضمان فعله الشخصى كما سبق القول .

وللمحال له ، إذا كان قد اشترى الحق المحال به وخشى من استحقاقه ، أن يحبس الثمن حتى يزول التعرض أو حتى يقدم المحيل كفيلا ، لأن المحال له يكون فى مركز المشترى (م ٤٥٧/٢ مدنى) . ويتحقق ذلك ، فيجوز للمحال له حبس الثمن ، إذا وقع المدين حجزاً تحفظيا تحت يد نفسه قبل نفاذ الحوالة فى حقه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢) . ويكفى أن يكون الحق المحال به معرضاً لخطر الاستحقاق ، دون أن يكون قد استحق فعلا (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة طنطا بأن الضمان يشمل وجود الدين والتأمينات المتعلقة به والتى تعتبر من توابعه ، فإذا ثبت أن العين المرهونة رهن تأمين لدين محول لآخر لم تكن مملوكة للراهن بل مملوكة لغيره من وقت البيع ، كان التحويل لاغياً ، وترتب عليه إلزام المحيل برد القيمة للمحال له (٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦١ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص ٥٢٧ .

قبل صدور الحوالة دون أن يكتمل . فالحق يكون موجوداً وقت الحوالة ولا ضمان على المحيل ، حتى لو أن التقادم اكتمل بعد ذلك وسقط الحق(١). كذلك لو كان للحق المحال به تأمين هو رهن رسمي مقيد ، ولم يكن قد مضى على القيد وقت الحوالة عشر سنوات ، فان الرهن يكون محفوظاً وقت صدور الحوالة ، فلا ضمان على المحيل ، حتى لو انقضت العشر السنوات بعد صدور الحوالة دون تجديد القيد قبل أن يجدده المحال له(٢) .

وما دام المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وتوابعه ، فهو لا يضمن يسار المدين(٣) ، إلا إذا كان هناك اتفاق بينه وبين المحال له على هذا الضمان ، وعندئذ نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقي . ومع ذلك يضمن المحيل يسار المدين دون أن يدخل فى نطاق الضمان الاتفاقي ، إذا كان يعلم أن المدين معسر وقد أخفى غشاً هذا الإعسار عن المحال له ، وهنا يكون الضمان ناشئاً عن الغش لا عن عقد الحوالة(٤) .

وغني عن البيان أن المحيل إنما يضمن وجود الحق إذا كان غير متنازع فيه .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام المحيل باعتباره ضامناً بالاتفاق هو كالتزام كل كفيل التزام تبعي ، فاذا زال الدين بمضى المدة سقط تبعا التزام المحيل (١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦/٧ و ٨ و ٩ و ١٠/١٣٦) . ويمكن تخريج هذا الحكم على أساس أن ذمة المحيل قد برئت من الضمان لوجود الحق وقت صدور الحوالة ، دون حاجة إلى تشبيه المحيل بكفيل للمدين .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٦٠ . لكن إذا كان سبب زوال التأمين يرجع إلى وقت سابق على الحوالة ، فان المحيل يكون ضامنا لزوال التأمين . مثل ذلك أن يحول البائع الثمن بما يضمنه من حق امتياز ، ثم يشهر إفلاس المشترى ويحكم ببطلان الامتياز لحصول القيد فى المدة المشتبه فيها (période suspecte) وهى سابقة على الحوالة . ففى هذه الحالة يرجع سبب بطلان الامتياز الى وقت سابق على الحوالة ، إذ المفروض أن البيع الذى هو مصدر الامتياز قد صدر قبل الحوالة ، وأبطل الامتياز بعد الحوالة ولكن لسبب يرجع إلى وقت سابق عليها ، فيلتزم المحيل بالضمان . وهذا بخلاف ما إذا كانت الحوالة قد صدرت قبل المدة المشتبه فيها ، فيرجع سبب بطلان الامتياز إلى سبب لاحق لصدور الحوالة ، فإن المحيل لا يلتزم فى هذه الحالة بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٦ .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٣ وفقرة ٨٢٩ .

أما إذا كان الحق متنازعاً فيه وقد حوله بهذا الوصف، فانه لايضمن للمحال له وجوده ، إذ أنه إنما حول مجرد إدعاء بحق ولم يحول حقاً محقق الوجود ، فالحوالة هنا عقد احتمالى(١) .

٢٨٢ — الضمان فى الحوالة بعوض بحكم الاتفاق : وما قدمناه هو الضمان بحكم القانون فى الحوالة بعوض . ولكن قد يتفق المحيل والمحال له على تخفيف هذا الضمان أو على تشديده .

يتفقان على تخفيف الضمان إذا اشترط المحيل مثلا أنه لايضمن توابع الحق المحال به . فاذا كان هذا الحق مضموناً برهن ، واشترط المحيل عدم ضمان هذا الرهن ، فانه لايكون مسئولا إذا تبين أن الرهن باطل ، أو أنه قابل للإبطال وأبطله الراهن ، أو أنه غير موجود لأى سبب آخر . وتوابع الحق المحال به تنتقل معه كما قدمنا دون حاجة إلى ذكر ذلك فى عقد الحوالة ، ويضمن المحيل ، دون حاجة إلى ذكر ذلك أيضاً ، وجود هذه التوابع . فاذا أراد المحيل ألا يضمن وجودها ، فلابد فى ذلك من اتفاق خاص مع المحال له يقضى بعدم ضمان توابع الحق ، وفى هذا الاتفاق تخفيف للضمان بحكم القانون كما هو ظاهر .

بل قد يصل الاتفاق على تخفيف الضمان بحكم القانون إلى محوه أصلا ، فيشترط المحيل ألا يضمن وجود الحق المحال به ذاته . ويقع ذلك غالباً إذا كان المحيل غير مستوثق من أن الحق الذى يحوله هو حقه ، فيشترط عدم الضمان حتى إذا تبين أن الحق ليس له لم يكن مسئولا عن الضمان ، أو يكون المحيل غير متأكد من أن الحق الذى يحوله غير خال من العيوب ، فيصطنع الحيطة ويشترط عدم الضمان(٢) . ولاشك فى أن المحيل ، باشتراطه عدم الضمان على هذا الوجه ،

---

(١) وفى هذه الحالة يجوز للمدين أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هو رد إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدنى) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) وفى مثل هذه الأحوال يكون المفروض أن المحيل إنما يحتاط لأمره ، فاذا تحققت مخاوفه وظهر أن الحق غير موجود أو أن به عيوباً تشوبه ، لم يكن مسئولا عن تعويض المحال له ، وإنما يبقى ملتزماً برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات كما سنرى . ولكن قد يصل الاتفاق على =

يعرض المحال له لخطر له عادة مايقابله ، فيغلب أن يكون الثمن الذى يتقاضاه أقل بكثير من قيمة الحق المحال به . وقد يستخلص شرط عدم الضمان من الظروف ، فاذا باع المحيل حقاً متنازعاً فيه ، سواء رفعت به الدعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى ، وكان المحال له يعلم شأن هذا النزاع ، فالمفروض — مالم يتفق على غير ذلك — أن البائع لايضمن وجود الحق . ويؤكد هذا الافتراض أن يبيع المحيل الحق المتنازع فيه بثمن بخس ، يدخل فى تقديره احتمال خسارة الدعوى(١) .

ويقع كثيراً أن الاتفاق على الضمان بين المحيل والمحال له يكون الغرض منه التشديد من أحكام الضمان المقررة بحكم القانون ، بدلا من التخفيف فيها . وأكثر ما يكون ذلك فى اشتراط المحال له على المحيل أن يضمن له ، لا وجود الحق المحال به فحسب ، بل أيضاً يسار المدين . وقد رأينا أن المادة ٣٠٩ مدنى تنص على أنه « لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا

= محو الضمان إلى حد أن تصبح الحوالة عقداً احتماليا ، فيشترط المحيل ألا يكون ضامناً لوجود الحق وأنه غير ملتزم برد شىء إلى المحال له إذا ظهر أن الحق غير موجود ، وفى هذه الحالة يكون الحق المحال به هو مجرد إدعاء قد يثبت وقد لا يثبت ، فاذا لم يثبت لم يرجع المحال له على المحيل بشىء ولا يلتزم المحيل حتى يرد ما استولى عليه . ولكن مثل هذا الشرط لا يفترض ، بل يجب أن يكون واضحاً لا شك فيه . وأكثر ما يقع ذلك فى حوالة الحقوق المتنازع فيها (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٥ ص ٨٦٤ — ص٨٦٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ — ص ٥٢٨ ص ٥٢٩ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٦) .

(١) ومثل هذه الحوالة تسرى عليها أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها (م ٤٦٩ — ٤٧٢ مدنى) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٣ من المشروع تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الحق المحال به متنازعا فيه ، فتسرى على الحوالة أحكام المواد الخاصة باسترداد الحقوق المتنازع عليها » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، إذ أن حكمه يستفاد بداهة من وجود نصوص خاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٤ فى الهامش) .

ومما يقع فى العمل من الحوالات التى يشترط فيها عدم الضمان أن السنديك أو المصفى ، بعد أن يستوفى الحقوق الثابتة والحقوق التى يسهل استيفاؤها ، يبيع الحقوق الأخرى جملة واحدة مع اشتراط عدم الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٧) .

الضمان . ٢ — وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، مالم يتفق على غير ذلك »(١).

فاذا اشترط المحال له على المحيل ضمان يسار المدين(٢) ، ولم يبين أى يسار يعنى ، فان اليسار المضمون ينصرف إلى يسار المدين وقت انعقاد الحوالة ، وذلك تفسيراً للشرط بما هو فى مصلحة الملتزم وهو هنا المحيل . فاذا كان المدين موسراً وقت انعقاد الحوالة ، فان ذمة المحيل تبرأ من الضمان ، حتى لو أعسر المدين بعد ذلك ولو قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه . وغنى عن البيان أن ضمان المحيل ليسار المدين وقت الحوالة لا يكون إلا باتفاق خاص ، ومن غير هذا الاتفاق لا يضمن المحيل إلا وجود الحق ، فلا يضمن يسار المدين أصلا ولو وقت انعقاد الحوالة ، وحتى لو كان عالماً بأعساره . فما دام لم يضمن اليسار باتفاق خاص ، فان علمه بهذا الاعسار لا يقوم مقام الاتفاق (٣) . وعلى المحال له قبل أن يتقدم على قبول الحوالة أن يتحرى عن حالة المدين ومقدار ملاءته ، فاذا لم يستطع أن يتثبت من ذلك فى القليل كان الواجب عليه أن يشترط على المحيل ضمان اليسار . فاذا هو لم يفعل ، لا هذا ولا ذاك ، كان التقصير فى جانبه ولا يلومن إلا نفسه (٤) . على أنه إذا أخفى المحيل غشاً

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ .

(٢) ولا يكفى اشتراط الضمان إطلاقا ، فإن هذا ينصرف إلى الضمان بحكم القانون ، بل يجب تعيين الواقعة المضمونة ، فيشترط ضمان اليسار (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٠ — فقرة ٨٣١) . انظر فى بعض عبارات مألوفة فى اشتراط الضمان وفى تفسير هذه العبارات : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٥ — ص ١٦٦ — بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ — فقرة ٨٣٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٥١٤ وما بعدها .

(٣) وقد جاء فى الموجز للمؤلف : « ويلاحظ أن هذا التشديد يجب أن يكون باتفاق صريح ، فلا يمكن افتراضه ، كما أذا أعطى المدين على نفسه سنداً مدنياً تحت إذن الدائن متبعاً فى ذلك الشكل التجارى . فاذا حول الدائن هذا السند المدنى إلى آخر ، فإنه لا يكون ضامناً ليسار المحال عليه إلا بشرط صريح ، ولا يكفى أن نقيس هذا السند المدنى ، ولو كان قد اتخذ الشكل التجارى ، على السند التجارى المحض الذى يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه وقت الوفاء . على أن هذا الحكم ليس محل اتفاق » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ هامش رقم ١) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٩ .

عن المحال له إعسار المدين ، كان مسئولا ، لا بموجب عقد الحوالة ، بل بسبب الغش ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فاذا أراد المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين فى الاستقبال ، أى عند حلول ميعاد الوفاء بالحق المحال به ، وجب عليه أن يبين ذلك فى الشرط الذى يأخذه على المحيل ، فلا يكتفى باشتراط ضمان اليسار دون تعيين. واشتراط يسار المدين عند حلول الحق المحال به هو الذى يقع فى الكثير من الأحوال ، لأنه هو الذى يكفل للمحال له أكبر قدر من الضمان (٢) . وعند ذلك يكون المحيل مسئولا إذا طالب المحال له المدين بالحق عند حلوله ، فوجده معسراً (٣) وليس من الضرورى أن تكون المطالبة فى اليوم نفسه الذى يحل فيه الحق ، بل يجوز أن تكون المطالبة فى خلال مدة معقولة من يوم الحلول ، فاذا كان المدين قد أعسر خلال هذه المدة المعقولة ، فان المحيل يكون مسئولا عن إعساره بموجب شرط الضمان . لكن إذا تأخر المحال له مدة طويلة بعد حلول ميعاد الوفاء فى مطالبة المدين ، وكان المدين موسراً خلال المدة المعقولة ثم أعسر بعد ذلك ، لم يكن المحيل مسئولا ، لأن المحال له قد قصر بتأخره فى مطالبة المدين فى وقت كان فيه موسراً (٤). ومن باب أولى لا يكون المحيل مسئولا عن إعسار المدين

---

(١) شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ — انظر آنفاً فقرة ٢٨١ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ — فقرة ٨٣٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ص ٥٣٠ هامش رقم ١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن مركز المحيل فى حال الضمان الاتفاقى ليس إلا مركز ضامن تتحدد مدى التزاماته بعبارة الضمان الواردة فى الحوالة ، فقد يكون ضامناً ايسار المدين وقت الحوالة ، وقد يكون ضامنا ليساره فى المستقبل ، وقد يكون ضامنا بسيطا ، وقد يكون متضامنا . على أنه فى هذه الصور كلها لا يعدو صفة الضامن ، وإن كان فى بعض النتائج القانونية أقل مسئولية منه (استئناف أسيوط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٦ : رقم ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ ص ١٣٦) .

(٤) وقد قضت محكمة طنطا بأن ضمان المحيل يسار المدين فى الاستقبال ينصرف إلى موعد استحقاق الدين ، فانه فيه يلتزم بالوفاء ويضمنه مجموع ماله ، وعلى المحال له أن يسعى لاستيفاء قيمة للدين . فأذا أعسر المدين بعد ذلك ، فلا يضمن المحيل ذلك الإعسار ، الا إذا كانت الفترة التى وقعت بين موعد السداد والاعسار قليلة — لاتتسع لاستيفاء المحال به . فلا يملك المحال له =

لو أن هذا الإعسار كان بفعل المحال له نفسه ، كما لو كان للحق المحال به ضمان فنزل عنه المحال باختياره بأن شطب الرهن مثلا أو أبرأ ذمة الكفيل (١) .

وحتى يستطيع المحال له الرجوع على المحيل بضمان اليسار ، يجب عليه أولا أن يثبت أن المدين معسر . ولا يتسنى له ذلك إلا إذا كان قد رجع فعلا على المدين وعلى جميع الضمانات التى تكفل الدين (٢) ، فلم يتهيأ له أن يستوفى حقه . ومن ثم يكون للمحيل أن يطالب المحال له بتجريد المدين قبل أن يرجع عليه بضمان

= تأجيل السداد صراحة بإعطاء المدين مهلة أخرى ، أو ضمنا بإهمال اتخاذ الإجراءات التحفظية أو التنفيذية على مال المدين . فان فعل ، وأعسر المدين فى هذه الأثناء ، فلا رجوع على المحيل . وإذا كان تأجيل الدائن سداد الدين لا يبرىء الكفيل من الكفالة بينما يبرىء المحيل من الضمان ، فلأن للكفيل الحق قانوناً فى مطالبة المدين بالوفاء عند حلول أجل الاستحقاق فتتوافر لديه بذلك الوسيلة لاتقاء إعسار المدين ، فاذا لم يفعل فيجب أن يتحمل النتيجة . أما المحيل فلا يملك ذلك بداهة ، فانه لم يعد دائناً بعد الحوالة (طنطا ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) . ومن هذا الحكم يتبين الفرق بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين وقت حلول الحق المحال به ومركز الكفيل . فان ذمة الكفيل لا تبرأ لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ،وانما تبرأ ذمته — طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد (م ٧٨٥/٢)— إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً . هذا إلى أن مصدر التزام الكفيل هو عقد الكفالة ، وهذا العقد يفترض عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين الكفيل والمدين ، فإن دفع الكفيل الدين عن المدين رجع عليه بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة . أما مصدر التزام المحيل بالضمان فمصدره عقد الحوالة نفسه الذى ورد فيه شرط الضمان ، ولا يفترض هذا الشرط عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين المحيل والمدين ، فان دفع المحيل الدين للمحال له وفاء لالتزامه بالضمان ، فالغالب ألا يجد أمامه للرجوع على المدين بما دفعه إلا دعوى الإثراء بلا سبب .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٧ — فقرة ٨٣٨ .

(٢) وهذا فرق آخر بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين ومركز الكفيل . فالكفيل ليس له فى الأصل إلا أن يطلب تجريد المدين نفسه ، فاذا كان للدين كفالة عينية ، كان للدائن أن يرجع على الكفيل الشخصى دون الكفيل العينى ، وعند ذلك يحل الكفيل الشخصى محل الدائن فى الرجوع على الكفيل العينى . أما المحيل الضامن ليسار المدين فله أن يطلب من المحال له الرجوع على الكفيل العينى للحق المحال به قبل الرجوع عليه هو . وسنرى حالا أن الكفيل ، دون المحيل الضامن لليسار ، يلتزم بتقديم مصروفات التجريد . ومن ذلك يتبين أن التزام المحيل الضامن لليسار هو بوجه عام أيسر من التزام الكفيل .

اليسار (١) . وليس على المحيل أن يقدم للمحال له مصروفات التجريد ، فهو ليس بكفيل للمدين حتى يلتزم بذلك . على أن للمحال له ، فى أثناء تجريده للمدين ، أن يتخذ ما يلزم من إجراءات تحفظية ضد المحيل ، حتى يتيسر له الرجوع عليه عند ما يثبت بوجه قاطع إعسار المدين (٢) .

و إذا ضمن المحيل يسار الدين وقت حلول الحق المحال به ، فانه لا يستطيع أن يأتى عملا من شأنه أن يناقض هذا الضمان . و إلا كان ساعياً فى نقض ماتم من جهته ، وكان سعيه مردوداً عليه . ويتضح ذلك فى الحالة الآتية : إذا كان حق الدائن مقداره ألف ، وقد حول منه خمسمائة واستبقى لنفسه خمسمائة ، ولم يكن قد ضمن يسار المدين ، فان كلا من المحيل والمحال له يطالب المدين بخمسمائة مقدار حصته فى الحق . فاذا لم يكن عند المدين إلا خمسمائة ، فليست هناك أفضلية للمحال له على المحيل(٣) ، ولا يبقى إلا أن يقتسم الاثنان ما عند المدين اقتسام الغرماء ، فيأخذ كل منهما مائتين وخمسين . أما إذا كان المحيل قد ضمن للمحال له يسار المدين وقت حلول الحق المحال به . فعند ذلك لا يستطيع أن يزاحم المحال له فى الخمسمائة التى عند المدين ، بل يتقدم عليه المحال له ويأخذ كل الخمسمائة .

---

(١) وقد قضى بأن حق المحال له فى الرجوع على المحيل بالضمان مقيد بحصول تجريد أموال المدين تجريداً فعلياً بالبيع عقب استحقاق الوفاء ، إذ قبل ذلك لا يتحقق الإعسار . وهذا البيع يجب أن يشمل المدين وملك الغير المرتهن وفاء للسداد إذا كان هناك شىء من ذلك . وبمعنى آخر يجب أن يستنفد المحال له جميع وسائل السداد قبل الرجوع على المحيل (استئناف مصر ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٠ ص ٥٤٣ — طنطا ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٦ — بودرى وسينيا فقرة ٨٣٩ — فقرة ٨٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ص ٥٢٩ — ص ٥٣٠ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الأسكندرية بأن شرط الرجوع على المحيل بالضمان قد جاء من إنه كفيل وضامن للمدين فى تحصيل الدين وتسلمه ، ويجوز فى هذه الحالة أن يطلب المحيل ، إذا لم يكن ضامناً متضامناً ، رجوع المحال له أولا على المدين بطلب حق التجريد إذا توافرت شروطه ، وأيسرها ألا يكون المحيل ضامنا متضامنا ، ويشترط أن يرشد المحيل إلى أموال المدين ، وأن يقدم للمحال له مصروفات التجريد والمستندات الخاصة بذلك ، وأن يطلب ذلك صراحة قبل التكلم فى موضوع الدعوى (الأسكندرية ٢٣ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٣ ص ١١٩٠) .

(٣) كذلك لا توجد أفضلية للمحيل على المحال له كما توجد هذه الأفضلية للدائن الأصلى الذى حل محله شخص آخر فى جزء من الدين : انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٣٠ .

ذلك أن مزاحمة المحيل للمحال له تناقض ضمانه ليسار المدين ، وما دام المحال له لم يستوف كل حقه بقي ضمان المحيل قائماً ، فلا يستطيع المحيل إذن أن يأخذ أى شيء من مال المدين قبل أن يستوفى المحال له كل حقه كما قدمنا (١) .

٢٨٣ — الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القانون : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠٨ مدنى تقضى بأنه إذا كانت الحوالة بغير عوض « فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق » . وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص يضيف عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » (٢) . فحذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة حتى يتمشى حكم النص مع حكم المادة ٣١٠ مدنى ، وهى تقضى كما رأينا بأنه إذا رجع المحال له بالضمان لم يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . والمحيل بغير عوض لم يستول على شيء حتى يرده ، فلا يجوز إذن أن يلزم ولو باتفاق خاص أن يرد شيئاً إلى المحال له (٣) .

وقد يفهم مما قدمناه أن المحيل بغير عوض لا يضمن شيئاً للمحال له ، لا بحكم القانون ولا بموجب الاتفاق . إلا أننا مع ذلك لا نسلم بهذا الحكم على إطلاقه ، إذ يجب تنسيق أحكام التقنين وتكميل نصوصه بعضها ببعض . فهناك المادة ٤٩٤ مدنى ، وهى تضع القاعدة العامة فى ضمان الواهب لاستحقاق الشيء الموهوب ، وتجرى على الوجه الآتى : « ١ — لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفى الحالة الأولى يقدر القاضى للموهوب له تعويضاً عادلا عما أصابه من الضرر ، وفى الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ — وإذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » .

فحتى يمكن التوفيق بين نصوص التقنين المدنى ، نرى أن نطاق تطبيق

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ — بودرى وسينيا فقرة ٨٤٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٧ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧١ فى الهامش — مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٣ .

المادة ٣١٠ هى الحوالة بعوض ويدخل فى ذلك الهبة بعوض ، لأن النص صريح فى أن المحيل قد استولى على شىء من المحال له فى مقابل الحوالة ، وهذا الشىء هو الذى يرده مع المصروفات والفوائد فى حالة تحقق الضمان . أما المادة ٤٩٤ مدنى فنطاق تطبيقها الحوالة بغير عوض ، أى الحوالة الصادرة على سبيل الهبة المحضة من غير أى عوض مقابل .

فاذا كانت الحوالة هبة بعوض ، ضمن المحيل بحكم القانون وجود الحق المحال به وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ . فاذا كان هذا الحق غير موجود وقت الحوالة ، على الوجه الذى قدمناه ، وجب الضمان على المحيل ، ورجع المحال له بهذا الضمان وفقاً للمادة ٣١٠ مدنى ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه من عوض مع الفوائد والمصروفات على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

وأما إذا كانت الحوالة هبة محضة لا عوض فيها ، فان الذى ينطبق هو نص المادة ٤٩٤ مدنى . فاذا استحق الحق المحال به ، كأن كان المحيل وارثاً ظاهراً لهذا الحق مثلا ، أو تبين أن الحق غير موجود أصلا ، لم يجب الضمان على المحيل (الواهب) إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إلا إذا كان عالماً بانعدام الحق المحال به وأخفى ذلك غشاً عن المحال له . فعند ذلك يقدر القاضى – كما تقرر الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدنى – للمحال له (الموهوب له) تعويضاً عادلا عما أصابه من الضرر . فيجب إذن أن يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له من جراء استحقاق الحق المحال به أو من جراء انعدامه . ويبدو أنه لا يكفى أن يكون هذا الضرر هو مجرد فوات الحق الموهوب له ، وإلا لوجب الضمان دائماً فى التبرعات وجوبه فى المعاوضات . وإنما يجب أن يكون الضرر خسارة إيجابية لحقت الموهوب له ، بأن يكون مثلا قد اعتمد على الحق الموهوب فى سداد دين أو فى القيام بمشروع ، فلما فات عليه هذا الحق تحمل خسارة من جراء ذلك . وفى هذه الحالة يقدر القاضى تعويضاً عادلا للموهوب له من الضرر ، ملاحظاً فى ذلك أن المحيل متبرع ، فلا يكون للتعويض مدى مماثل للتعويض الذى يدفعه المحيل لو كانت الحوالة بعوض . ومصدر التعويض هنا ليس هو عقد الحوالة ، وإنما هو الخطأ الذى ارتكبه المحيل باخفائه عمداً سبب الاستحقاق أو انعدام الحق حتى ألحق الضرر بالمحال له .

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٤٩٤ مدنى تقضى بأنه « إذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » . ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، أن البائع قبل أن يسلم المبيع وهب الثمن المستحق فى ذمة المشترى إلى آخر عن طريق الحوالة ، ثم هلك المبيع قبل تسليمه للمشترى بفعل أجنبي . فالثمن فى هذه الحالة يسقط عن المشترى ، ولا يستطيع المحال له الرجوع عليه بشيء . ولكن لما كان الأجنبي متعدياً فى هلاك الشيء ، فان للبائع أن يرجع عليه بدعوى تعويض ، فهذه الدعوى قد حلت محل الثمن المحال به ، ومن ثم يحل المحال له محل المحيل (البائع) فى هذه الدعوى قبل الأجنبي .

٢٨٤ — الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق : ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدنى عندما رتبت الضمان على الواهب إذا هو أخفى سبب استحقاق الشيء الموهوب ذكرت بعد ذلك أن هذا الحكم يسرى « ما لم يتفق على غيره » ، فانه يجوز إذن أن يتفق المحيل مع المحال له ، إذا كانت الحوالة بغير عوض أصلا ، أنه فى حالة استحقاق الحق المحال به أو فى حالة انعدامه ، يرجع المحال له على المحيل بتعويض عادل ، حتى لو كان المحيل يجهل أن الحق المحال به مستحق للغير أو منعدم . وفى هذا تشديد للضمان الذى قرره القانون والذى بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فان المحيل لا يكون ملتزماً طبقا لهذه الأحكام إلا إذا كان يعلم بانعدام الحق أو باستحقاقه للغير ثم يتعمد إخفاء ذلك على المحال له . على أنه لا يجوز أن يكون هذا الاتفاق على الضمان مصدر ربح غير مشروع للمحال له ، فلا يجوز مثلا أن يتفق المحال له مع المحيل على ضمان الاستحقاق فى الحوالة بغير عوض حتى لو لم يصب المحال له أى ضرر .

ثم إنه لا يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان الواجب بحكم القانون فى ذمة المحيل المتبرع للمحال له ، فلا يصح أن يتفق الاثنان على ألا يكون المحيل مسئولا عن الضرر الذى يصيب المحال له ، حتى لو تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو أخفى غشاً انعدام الحق . ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يشترط عدم المسئولية عن خطأه التقصيرى .

المطلب الثانى

ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان

٢٨٥ — المبدأ العام : رأينا أن المادة ٣١٠ مدنى تنص على أنه « إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

فالمبدأ العام إذن هو أنه عند تحقق الضمان ، يكون أقصى ما يرجع به المحال له على المحيل هو أن يسترد منه ما دفعه له عوضاً عن الحق المحال به ، مع الفوائد من يوم الدفع بالسعر القانونى ، ومع المصروفات التى يكون قد أنفقها فى إبرام الحوالة أولا ثم فى مطالبة المدين ثانياً ثم فى الرجوع بالضمان على المحيل أخيراً . وهذا سواء كان الضمان بحكم القانون ولم يجد المحال له الحق موجوداً ، أو كان بحكم الاتفاق ولم يجد المحال له المدين موسراً .

ويجوز أن يرجع المحال له بأقل من ذلك، إذا وجد شرط يخفف من الضمان. بل يجوز ألا يرجع بشىء أصلا، إذا اشترط المحيل عدم الضمان وكان الحق المحال به هو مجرد ادعاء قد يثبت وقد لا يثبت ورضى المحال له بذلك، كما أسلفنا القول.

ولكن لا يجوز أن يرجع المحال له بأكثر من استرداد ما دفعه مع الفوائد والمصروفات، إلا فى حالة واحدة هى حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية . فان التعويض فى هذه الحالة الأخيرة يكون مصدره خطأ تقصيرياً فى جانب المحيل، فوجب أن يكون كاملا يشمل قيمة الحق المحال به كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل، ويشمل أيضاً التعويض عن أى ضرر آخر . ويبقى هذا الحكم صحيحاً حتى لو قلنا إن التعويض مصدره عقد الحوالة لا الخطأ التقصيرى ، فان التعويض فى المسئولية العقدية يتناول كل الضرر المباشر المتوقع ، فيشمل قيمة الحق المحال به كما يشمل التعويض عن أى ضرر آخر يكون مباشراً متوقعاً . وإذا كانت المادة ٣١٠ مدنى قد قصرت الرجوع بالضمان على إلزام المحيل برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولم تجز الاتفاق على غير ذلك، فان هذا

الحكم خاص بالضمان الذى لا يرجع إلى أفعال المحيل الشخصية ، وهو الضمان المنصوص عليه فى المادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ مدنى . ونص المادة ٣١٠ مدنى صريح فى هذا المعنى ، ولا يتناول مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية المنصوص عليها بعد ذلك فى المادة ٣١١ مدنى(١) .

وفى غير حالة مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، لا يجوز للمحال له ، فى إلزامه المحيل بالضمان ، أن يرجع عليه بأكثر مما دفعه له مع الفوائد والمصروفات . فلا يجوز له أن يرجع عليه بقيمة الحق المحال به كله إذا كانت هذه القيمة أكثر مما دفعه ، حتى لو اتفق معه على ذلك . فالمبدأ الذى يضع الحد الأقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو إذن من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على مخالفته .

وقد أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد هذا الحكم عن المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٦٨ من هذا المشروع) (٢) ، وقصد به إلى قطع السبيل على المرابين

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ فى الهامش .

(٢) أما التقنين المدنى الفرنسى فقد أغفل النص على وضع حد أقصى لضمان المحيل بحكم القانون ، ولكنه وضع هذا الحد لضمان المحيل بحكم الاتفاق . فنصت المادة ١٦٩٤ من هذا التقنين على أن المحيل لا يكون مسئولا عن يسار المدين إلا إذا التزم بذلك ، وفى حدود الثمن الذى تقاضاه عن الحق . فانقسم الفقه الفرنسى فى المقدار الذى يرجع به المحيل له على المحيل عند تحقق الضمان بحكم القانون . ففريق يذهب إلى أن المحال له لا يرجع على المحيل إلا بالثمن الذى دفعه ، قياساً على الرجوع فى حالة ضمان اليسار بموجب المادة ١٦٩٤ السالفة الذكر (ديرانتون ١٦ فقرة ٥١٢ — ترولونج فى البيع ٢ فقرة ٩٤٣ — ديفرجييه فى البيع ٢ فقرة ٢٦٣ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٤ — جيللوار فى البيع والمقايضة ٢ فقرة ٨٣٦) . وفريق آخر يجعل الرجوع فى الضمان بحكم القانون بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده ، قياساً على ضمان الاستحقاق فى عقد البيع . ويوجهون هذا الرأى بأن الضمان بحكم القانون هو ضمان لوجود الحق ، فإذا اشترى المحال له حقاً غير موجود كان له أن يرجع بقيمته على المحيل ، لأنه لم يضارب على وجود الحق بل ضارب على يسار المدين . فإذا كان الحق موجوداً ، ولكن المدين كان معسراً ، لم يكن له أن يرجع على المحيل إلا بالثمن الذى دفعه حتى لو اتفق معه على الرجوع بقيمة الحق كلها ، [illegible] لما ضارب على يسار المدين فقد تحمل تبعة إعساره ، فإن كان المدين موسراً فقد خلص له كل الحق ، وإن كان معسراً فليس له إلا الرجوع بالثمن على المحيل (كولميه دى سانتير ٧ فقرة ١٣٩ مكررة — لوران ٢٤ فقرة ٥٤٩ — هيك ٢ فقرة ٤٩٢ — بودرى وسينيا فقرة ٨٢٢ — أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ (cession de créance) =

الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان ، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم إذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم . فاذا اشترى المرابي حقاً قيمته مائة بثمانين ، ثم اشترط ضمان المحيل ليسار المدين بقيمة الحق كله ، وأجيز هذا الشرط ، لكان المرابي واثقاً من الحصول على مائة في الثمانين التي دفعها ، إما من المدين إذا كان موسراً ، وإما من طريق الرجوع بالضمان على المحيل . وهذا هو عين الربا المحظور . فنقصر حقه في الرجوع بالضمان على الثمانين التي دفعها مع الفوائد والمصروفات ، حتى إذا أخذ أكثر مما أعطى في حالة استيفاء الحق من المدين ، لم يأخذ إلا بمقدار ما أعطى في حالة الرجوع بالضمان على المحيل ، فيمتنع عليه أن يأخذ في الحالتين أكثر مما أعطى . وقد قيل في لجنة المراجعة في صدد هذا الحكم إن المقصود به « أن يتحمل المحال له الغنم والغرم ، لأن الحوالة تنطوي على معنى المضاربة »(1) .

ونرى من ذلك أن هناك حكمين من أحكام الضمان يعتبران من النظام العام . أولهما هو هذا الحكم . والثاني هو الحكم القاضي بمسئولية المحيل عن أفعاله

= فقرة ٤٧٦) . ويذهب بلانيول وريبير وردوان إلى أن المحال له لا يرجع على المحيل ، في حالة الضمان القانوني ، بقيمة الحق كاملة إلا على سبيل التعويض ، فيجب عليه إذن أن يثبت أن الضرر الذي لحقه يعادل قيمة الحق ، ولا يتأتى له ذلك إلا إذا أثبت أن المدين موسر ولو أن الحق كان موجوداً لاستطاع أن يتقاضاه كله من المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص ٥٢٨) . وينتصر الأستاذ شفيق شحاتة لهذا الرأي (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٣٢) .

أما ضمان المحيل ليسار المدين ، فإن نص المادة ١٦٩٤ من التقنين الفرنسي ، كما رأينا ، صريح في أنه يقتصر على استرداد المحال له الثمن الذي دفعه . واختلف الفقهاء في فرنسا هل يعتبر هذا الحكم من النظام العام . فريق يذهب إلى أنه من النظام العام فلا يمس بالاتفاق المخالف ولا يرجع المحال له على المحيل إلا بالثمن ولو اتفق معه على أن يرجع عليه بكل قيمة الحق (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٧١٧ — جوسران ٢ فقرة ٨١١) . وفريق آخر يذهب إلى أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، وأنه يجوز للمحال له أن يتفق مع المحيل الذي ضمن يسار المدين على أن يرجع عليه ، في حالة تحقق هذا الضمان ، بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده (بودري وسينيا فقرة ٨٣٦ — انظر أيضاً المادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش) .

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦ — وانظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش .

الشخصية فلا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو باتفاق خاص(١) .

يبقى أن نعرف الحكم فيما إذا كان المدين معسراً إعساراً جزئياً بحيث يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه منه ، وأن نعرف الحكم فيما إذا كان المحال له قد حول الحق إلى محال له تال بعوض يختلف عن العوض الذى دفعه هو للمحيل . ثم نعرف بعد ذلك مقدار مايرجع به المحال له إذا كانت الحوالة بغير عوض وتحقق الضمان .

٢٨٦ — حالة اعسار المدين اعساراً جزئيا : يقع فى بعض الحالات أن يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه من المدين الذى لايكون معسراً إلا إعساراً جزئياً ، فاذا كان الحق المحال به مائة مثلا ، واستوفى منها المحال له خمسين ولم يستطع استيفاء الخمسين الباقيـة ، وكان قد اشترى الحق من المحيل بثمانين ، فما مقدار مايرجع به على المحيل بدعوى الضمان ؟ .

يمكن أن نتصور حلولا ثلاثة :

(الحل الأول) أن يرجع المحـال له على المحيل بكل الخمسين التى نقصته ، فان المحيل ملزم فى حالة تحقق الضمان أن يرد للمحال له كل خسارته بحيث لا تزيد على الثمانين التى قبضها منه ثمناً للحوالة . وعيب هـذا الحل أنه يمكن المحـال له من أن يستوفى قيمة الحق المحـال به كاملا عند تحقق الضمان ، وفى هـذا مخالفة صريحة لنص المـادة ٣١٠ مدنى التى تقضى بأن المحال له لا يسترد عنـد تحقق الضمان أكثر مما دفعه ، فلا يجوز أن تخلص له قيمة الحق كاملة .

(الحل الثانى) أن يرجع المحـال له على المحيل بثلاثين لابخمسين ، ذلك أنه لايجوز له كما قدمنـا أن يسترد فى حالة تحقق الضمان أكثر ممـا دفعه ، أى أكثر

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ،وهى تقول فى هذا الصدد : « على أن إعمال مبدأ سلطان الإدارة يرد عليه فى هذا النطاق قيدان . فيراعى من ناحية أن مدى التزام المحيل بالضمان لا يجاوز على وجه الاطلاق رد ما أدى إليه فعلا مع الفوائد والمصروفات . وقد قصد من نص المشروع على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذا الحكم إلى قطع السبيل على المرابين . ويراعى من ناحية أخرى أن اشتراط الإعفاء من المسولية عن ضمان الاستحقاق يقع باطلا إذا كان هذا الاستحقاق يرجع إلى فعل المحيل نفسه . . وليس هذا الحكم سوى تطبيق القواعد المقررة بشأن ضمان الاستحقاق بوجه عام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨) .

من ثمانين. وقد استوفى من هذه الثمانين خمسين من المدين ، فيبقى له ثمانون هى التى يرجع بها على المحيل بدعوى الضمان .

(الحل الثالث) أن يرجع المحال له على المحيل بأربعين لا بخمسين ولا بثلاثين. ذلك أن المحال له ، فى حالة إعسار المدين إعساراً كليا ، يسترد من المحيل ما دفعه له من الثمن ، وهو ثمانون . فنى حالة إعسار المدين إعساراً جزئيا ، يكون من العدل أن يسترد من المحيل نسبة مما يتبقى له تعادل النسبة ما بين الثمن الذى دفعه وقيمة الحق . وقد دفع ثمانين فى حق قيمته مائة ، فيكون قد اشترى الحق بأربعة أخماس قيمته . وتبقى له خمسون لم يدفعها المدين لإعساره ، فيرجع بأربعة أخماسها على المحال له ، أى يرجع عليه بأربعين .

وقد تردد الفقه الفرنسى بين الحل الثانى والحل الثالث (١) . ونحن نؤثر الحل الثالث ، لأنه يميز بين إعسار المدين إعساراً كليا و إعساره إعساراً جزئيا ، فيكون الضرر الذى يصيب المحال له من الإعسار الجزئى أقل من الضرر الذى يصيبه من الإعسار الكلى . وهو بعدُ لم يسترد من المحيل إلا جزءاً مما دفعه ثمناً للحوالة يتناسب مع الجزء الباقى له من حقه ، فبقى بذلك فى الحدود التى رسمتها المادة ٣١٠ مدنى .

٢٨٧ — حالة وقوع حوالة تالية بعوض يقل أو يزيد : وقد يقع أن المحال له يحول حقه إلى محال له تال بثمن أقل أو أكثر من الثمن الذى دفعه هو للمحيل ، فهل يكون رجوع المحال له الثانى بدعوى الضمان مقيداً بما دفعه هو للمحال له الأول أو بما دفعه المحال له الأول للمحيل ؟

نفرض أن المحيل قد قبض فى الحق وقيمته مائة ثمناً مقداره ثمانون ، ثم حول المحال له هذا الحق نفسه إلى محال له تال وقبض ثمناً له مقداره سبعون . ولما طالب المحال له الثانى المدين وجده معسراً . فى هذه الحالة يجوز للمحال له

---

(١) ممن يقولون بالحل الثانى بودرى وسيفيا فقرة ٨٣٤ ، وبلانيول وريبير و ردوان ٧ فقرة ١١٣٣ . وكنا نقول به أيضاً فى الموجز فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ هامش رقم ١ .
وممن يقولون بالحل الثالث هيك فقرة ٧٤٢ .

الثانى أن يرجع بالضمان إما على المحال له الأول وإما على المحيل . فان رجع على المحال له الأول ، استرد السبعين التى دفعها له . وكذلك لا يجوز أن يسترد إلا السبعين التى دفعها ، حتى لو رجع على المحيل ، إذ لا يجوز له أن يسترد بدعوى الضمان أكثر مما دفعه .

أما إذا كان المحال له الثانى دفع ثمناً للحوالة تسعين لاسبعين ، فانه يرجع بالتسعين على المحال له الأول ، إذ هو قد دفعها له فيستردها منه . ولكن إذا أراد الرجوع على المحيل ، فانه لا يسترد منه إلا الثمانين التى استولى هذا عليها ، ذلك أن المحيل لا يلزم إلا برد ما استولى عليه (١) .

٢٨٨ – حالة الحوالة بغير عوض : وفى كل ما قدمناه افترضنا أن الحوالة بعوض ، ولذلك جعلنا رجوع المحال له على المحيل مقيداً بمقدار هذا العوض ، ويستوى فى ذلك أن تكون الحوالة بيعاً أوهبة بعوض .

أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، وتحقق الضمان على الوجه الذى قدمناه ، فان المحال له لم يدفع شيئاً حتى يسترده . لذلك لايكون له ، كما سبق القول ، إلا أن يرجع بتعويض عادل عن الضرر الذى أصابه ، يقدره القاضى على الوجه الذى أسلفناه (٢) .

الفرع الثانى

علاقة المحال له بالمحال عليه

٢٨٩ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل إليه » .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرتى ٢٨٣ و ٢٨٤ .

وتنص المادة ٣١٢ على ما يأتى :

« للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة (١) .

ولا مقابل لهذين النصين فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكامهما كان معمولا بها دون نص لأنها تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل النصان فى التقنين المدنى السابق : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٠٦ و ٣١٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٩٣ و٢٩٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٦٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٢٨٥ (٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٦ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨ — ص ١١٩) .

م ٣١٢ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للمدين أن يحتج على المحال إليه بالدفوع التى كان له ، وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، أن يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال إليه وحده » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بما جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٣٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ — ١٣١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٠٦ و م ٣١٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٢٩٣ و م ٣٠٠ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٦٦ (تطابق المادة ٣١٢ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا العبارة الأخيرة فهى تجرى فى التقنين العراقى على الوجه الآتى : « وكما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده » . ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادة ٣٠٦ من التقنين المصرى ، =

ويؤخذ من هذه النصوص أن علاقة المحال له بالمحال عليه (المدين) تتأثر كثيراً بالوقت الذى تصبح فيه الحوالة نافذة فى حق المحال عليه بالإعلان أو بالقبول . فقبل هذا الوقت لا تكون علاقة المحال له بالمحال عليه إلا علاقة دائنية مستقبلة، إلا أنها علاقة تسمح ببعض آثار محدودة ، أهمها أن المحال له يستطيع أن يتخذ إجراءات تحفظية للمحافظة على حقه المستقبل قبل المحال عليه كما يمتنع على المحال عليه أن يأتى من الأعمال ما يضر بهذا الحق. ومنذ إعلان الحوالة أو قبولها يصبح المحال له هو وحده الدائن — الحالى لا المستقبل — للمحال عليه، وتقوم بينهما علاقة المديونية كاملة بما يترتب عليها من آثار .

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها

٣٩٠ — دائنية المحال له للمحال عليه دائنية محدودة : قبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحيل دائناً للمحال عليه ، لأن الحوالة لم تنفذ بعد فى حق المحال عليه . أما المحال له فدائنيته للمحال عليه كامنة ينقصها النفاذ ، فهى دائنية محدودة لا تولد آثاراً كاملة ، ولكنها تولد بعض الآثار على كل حال .

فيستطيع المحال له من جانبه ، أن يتخذ للمحافظة على حقه إجراءات تحفظية . ومن جانب المحال عليه يجب أن يمتنع ، إذا كان قد علم بالحوالة فعلا

= ولكن حكمها متفق مع القواعد العامة : انظر الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٥٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٢٨٥ : فيحق إذن للمديون أن يدلى بأسباب الدفع والدفاع ، التى كان يحق له أن يدلى بها ، تجاه المتفرغ له . ويجرى الأمر بالعكس إذا كان المديون قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يعد إذن عادلا عن وسائل الدفاع التى كان يملكها إلى ذلك الحين .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٥ — ص ٣٧) .

دون أن يقبلها ودون أن تعلن إليه ، من أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بحق المحال له .

٢٩١ — الإجراءات التحفظية التي يتخذها المحال له : يستطيع المحال له ، قبل إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها، أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ماهو واجب للمحافظة على الحق المحال به . وهذا مانصت عليه صراحة المادة ٣٠٦ مدنى، فقد رأيناها تقضى بأنه « يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات مايحافظ به على الحق الذى انتقل إليه »(١).

فيجوز للمحال له أن يقطع التقادم ، إذا رأى أنه أوشك أن يتكامل . وبدلا من أن يبدأ باعـلان الحوالة إلى المحال عليه لجعلها نافذة فى حقه ، ثم يطالب بعد ذلك بالحق مطالبة قضائية ليقطع التقادم وقد لايكون هناك وقت كاف قبل تكامل التقادم للقيـام بهذين الإجرائين المتتالين ، يعمد منذ البداية إلى مطالبة المحال عليه مطالبة قضائية تقطع التقادم فوراً ، فيحفظ المحال له بذلك حقه من السقوط . والمطالبة القضائية تتضمن بطبيعة الحـال إعلاناً للحوالة ، فهى تحدث الأثرين معاً فى وقت واحد : تقطع التقادم وتجعل الحوالة نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير . ويستطيع المحال له أن يتلقى من المحال عليه اعترافاً بالحق فى ذاته فينقطع التقادم ، وذلك قبل أن يكون المحال عليه مستعداً لقبول الحوالة ، فهو يقر بالحق الذى فى ذمته ، ويريد أن يتريـث فى قبول الحوالة تحوطاً منه للنتـائج التى تترتب على هذا القبول ، وبخاصـة أثر القبول فى منع التمسك بالمقاصة .

ويجوز للمحال له أيضاً أن يبادر إلى قيد رهن أوحق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق المحال به ، فليس هذا إلا إجراء تحفظياً يستطيع القيام به قبل إعلان الحوالة أو قبولها . كما يستطيع أن يجدد القيد إذا كان قد مضى على القيد السابق عشر سنوات ، ويكون القيد أو تجديده باسمه هو لا باسم المحيل (٢) .

ويجوز للمحال له أن يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد مدين المحال عليه ، ويتابع

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١٩ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ .

إجراءات هذا الحجز حتى يصل إلى الحكم بصحة الحجز . فيقف عند هذا الحد ، إذ يصبح الحجز عندئذ إجراء تنفيذياً لا إجراء تحفظياً ، فلا يستطيع المحال له الاستمرار فيه قبل أن يجعل الحوالة نافذة فى حق المحال عليه (١) .

ويجوز كذلك للمحال له ، إذا باع المحال عليه عقاراً مرهوناً فى الحق المحال به وأراد الحائز أن يطهر العقار ، أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره باعتباره دائناً مرتهناً إذا هو أودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، وذلك طبقاً للمادتين ١٠٦٧ — ١٠٦٨ من التقنين المدنى (٢) .

وقد قيس المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبولها على الدائن تحت شرط واقف قبل تحقق الشرط ، فكل منهما يجوز له اتخاذ الإجراءات التحفظية (٣) .

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٤ — ص ١٥٥ — بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ — ولا يوقع المحال له حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه ، فإن هذا ليس مديناً لمدينه بل هو مدينه المباشر . وإن فعل ، عد هذا بمثابة إعلان للحوالة ، ومن ثم لا يكون فى حاجة إلى طلب تثبيت الحجز التحفظى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩ — وانظر آنفاً فقرة ٢٦٦ فى الهامش) .

(٢) جيللوار ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٥ — بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ ص ٨٨٥ — عكس ذلك : ديمولومب ٢ فقرة ٢٠٤ — لوران ٢٤ فقرة ٥١٨ وما بعدها .

وهناك شك فيما إذا كان المحال له يستطيع أن يطعن باسمه فى حكم صدر ضد المحيل لمصلحة المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق المحال عليه (انظر فيما يتعلق بالطعن بالنقض بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣) . ونرى أن المحال له يستطيع ذلك دون خلاف بعد صيرورة الحوالة نافذة فى حق المحال عليه (انظر فقرة ٢٩٤ فى الهامش) .

(٣) ويقول بلانيول وريبير وردوان إن هذا قياس مع الفارق ، فالمحال له لا وجود لحقه تجاه المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق هذا الأخير ، أما الدائن تحت شرط واقف فحقه موجود حتى قبل تحقق الشرط . ولكنهم يرون مع ذلك أن هذا الحكم تبرره فائدته العملية فهو يتعجل بعض آثار الحوالة فى حق المدين من غير أن يلحق به كبير ضرر (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢١) .

وإذا كان المحال له يستطيع اتخاذ إجراءات تحفظية ضد المحال عليه ، فهذه الإجراءات يستطيع أيضاً ، ومن باب أولى ، أن يتخذها المحيل ، لأنه لا يزال دائناً للمحال عليه مادامت لم تصبح نافذة فى حق هذا الأخير . ومن ثم يكون للمحال عليه ، بالنسبة إلى الإجراءات التحفظية ، دائنان فى وقت واحد : المحيل والمحال له (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ — ص ٥٢١ — وانظر أيضاً فلاتيه فى العقود لحساب الغير) .

٢٩٢ — امتناع المحال عليه من الإضرار بحقوق المحال له: وبديهى أن المحال عليه ، الذى لم يقبل الحوالة ولم يعلن بها ، إذا كان لا يعلم بصدورها ، يستطيع أن يعامل المحيل — وهو لا يزال الدائن له — فى شأن الحق المحال به ، فيوفيه إياه ، أو يجدده معه ، أو يجعله قصاصاً فى دين له عليه ، أو يستبرئه منه . وعلى هذا النحو أيضاً يعامل المحال عليه محالاً له ثانياً يكون قد قبل حوالته أو أعلنت به ، فهذا المحال له الثانى الذى حوالته نافذة قبل الحوالة الأولى ، هو وحده صاحب الحق بالنسبة إلى المحال عليه ، علم هذا بالحوالة الأولى أو لم يعلم .

أما إذا علم المحال عليه بالحوالة الأولى فعلاً ، ولو قبل أن تصبح نافذة فى حقه بالإعلان أو بالقبول ، فمن واجبه حينئذ أن يمتنع من إتيان أى عمل ينطوى على غش ويكون من شأنه الإضرار بحقوق المحال له . فليس له أن يوفى الحق المحال به للمحيل غشاً وتواطؤاً معه . أما إذا أجبره المحيل على الوفاء فلا حيلة له ، وقد تقدم بيان ذلك . وليس له أن يتواطأ غشاً مع محال له ثان للمحال له الأول ، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى . بل إنه يستطيع ، قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، أن يوفى الحق المحال به للمحال له ، ويعتبر هذا الوفاء بمثابة قبول منه للحوالة (١). كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية ، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة إعلان للحوالة (٢) .

ونرى من ذلك أنه من وقت صدور الحوالة إلى وقت إعلانها أو قبولها ، يكون للمحال عليه دائنان فى دين واحد ، هما المحيل والمحال له . ولكل منهما أن يطالبه بالدين ، وله أن يوفى الدين لأى منهما ، وهما مع ذلك ليسا بدائنين متضامنين (٣) .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ وهامش رقم ٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ — وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٣) ومن ثم لا يكون للإعلان أو القبول شأن على كبير فى العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه ، وهذا بعكس الغير من محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن عادى فى حالة إفلاس المحيل —

المبحث الثانى

علاقة المحال له بالمحال عليه بعد اعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٣ — نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه : باعلان الحوالة أو قبولها تصبح نافذة ، كما قدمنا ، فى حق المحال عليه ، ويصبح الأثر الأول للحوالة — انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له — نافذاً بالنسبة إلى المحال عليه . ويترتب على ذلك نتيجتان رئيسيتان :

(الأولى) أن يحل المحال له محل المحيل ، بالنسبة إلى المحال عليه ، فى نفس الحق المحال به فى الحالة التى يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها . أما انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له فيكون بالحالة التى كان عليها وقت صدور الحوالة .

(الثانية) أن يكون للمحال عليه — وهذه نتيجة مترتبة على النتيجة الأولى — التمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت الإعلان أو القبول ، وكذلك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

= أو إعساره ، فإن للاعلان أو القبول شأناً حاسماً بالنسبة إلى هؤلاء . ونرى من ذلك أن المحال عليه فى مركز وسط بين أطراف الحوالة والغير ، فهو لا يتمحض غيرا ولا يخلص طرفاً فى الحوالة (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٣ هامش رقم ١) .

وهناك تياران متضاربان فى تقدير أهمية إجراءات الإعلان والقبول ، وهى الإجراءات التى تجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير : تيار ينزع إلى الخفض من شأن هذه الإجراءات والتقليل من أهميتها وهذا هو المذهب الجرمانى ، وتيار ينزع إلى الإكبار من شأنها وجعلها بمنزلة إجراءات للشهر كالتسجيل والقيد وهذا هو المذهب اللاتينى (قارب فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ — ص ٥٢٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٧٠٨) على أن هذه الإجراءات لا تستكمل مقوماتها كاجراءات للشهر فعالة ، إلا إذا كان المدين المحال عليه ملزماً قانوناً باخطار الغير ، متى طلب منه ذلك ، بما يعلمه من حوالات سابقة عن طريق قبوله لها أو إعلانه بها ، فيكون المحال عليه هو الجهة التى يتركز فيها الشهر (انظر اقتراحاً فى هذا المعنى لجمعية الدراسات التشريعية فى مجلتها سنة ١٩٣٧ ص ٣٤٠ والتقرير الذى وضعه بولانجيه فى هذا الشأن) .

١٩٤ — حلول المحال له محل المحيل فى نفس الحق المحال به : ينتقل ، بالنسبة إلى المحال عليه ، الحق المحال به من المحيل إلى المحال له ، كما قدمنا . وينتقل بالحالة التى يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها(١) .

فمن هذا الوقت لا يكون للمحال عليه إلا دائن واحد هو المحال له ، وقد حل محل المحيل الدائن السابق ، وأصبح هو دون المحيل صاحب الحق بالحالة التى يكون عليها وقت الإعلان أو القبول . فلو أن هذا الحق كان موجوداً وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل الإعلان أو القبول بأن استوفاه المحيل مثلا أو قضاه بأى سبب من أسباب الانقضاء ، فان المحال له لاينتقل إليه شىء قبل المحال عليه ، لأن الحق أصبح غير موجود وقت الإعلان أو القبول .

وينتقل الحق إلى المحال له بالصفات التى تكون له وقت الإعلان أو القبول . فلو كان الحق ثابتاً فى سند تنفيذى فى هذا الوقت ، ولو لم يكن ثابتاً فى هذا السند وقت صدور الحوالة ، فان الحق ينتقل إلى المحال له قابلا للتنفيذ بفضل هذا السند التنفيذى . ولو كان الحق تجارياً أو ينتج فوائد أو كانت له صفات أخرى غير ذلك، فانه ينتقل بنفس هذه الصفات إلى المحال له قبل المحال عليه .

وينتقل الحق إلى المحال له بالضمانات التى تكفله وقت الإعلان أو القبول(٢) . فلو أن الحق المحال به كان مضموناً برهن أو اختصاص أو امتياز أو كفيل ، فانه ينتقل بهذه الضمانات إلى المحال له قبل المحال عليه وقبل الكفيل . ولو كان الضمان الذى يكفل المحال به موجوداً وقت صدور الحوالة ،ولكنه انقضى قبل إعلانها أو قبولها ، فانه يعتبر غير موجود ولا ينتقل مع الحق إلى المحال له ، كما لو سقط قيد الرهن أو أبرأ المحيل الكفيل قبل الإعلان أو القبول ، و إنما يرجع المحال له على المحيل بالضمان وفقاً للقواعد التى قدمناها .

---

(١) وقد تقدم الكلام فى انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له (انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ — ٢٧٧) ، ونحن الآن فى صدد انتقال الحق إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه .

(٢) وكما ينتقل الحق بضماناته ينتقل أيضاً بما يثقله من تكاليف ، فينتقل حق المقاول إلى المحال له مثقلا بامتياز المقاول من الباطن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١ : دوائر مجتمعة — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢) .

وما دام الحق نفسه قد انتقل من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه ، فقد أصبح المحال عليه ليس له ، كما قدمنا ، إلا دائن واحد هو الذى يجب أن يوفيه الحق . فلا يجوز له أن يوفى الحق ، بعد الإعلان أو القبول ، إلى المحيل ، ويكون هذا الوفاء غير مبرىء لذمته ، ويستطيع المحال له أن يستوفى الحق منه مرة ثانية ، ولا يبقى للمحال عليه إلا الرجوع على المحيل بما دفعه إليه دون حق . ويجوز للمحال له ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يجبر المحال عليه على الوفاء له بالحق كاملا (١) ، كما يجوز له أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء(٢) .

---

(١) ولا يقتصر على استيفاء العوض الذى دفعه مقابلا للحق ، إلا إذا كان متنازعاً فيه ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) ويجوز للمحال له أن يأخذ حق اختصاص بحكم حول له (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٧) ، كما يجوز له أن يرفع استئنافاً عن حكم صدر ضد المحيل (استئناف مختلط ١٤ نوفبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٠ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٠ — ١٥ نوفبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٢) . وبالجملة يستطيع المحال له أن يتخذ الإجراءات القضائية ضد المحال عليه باسمه خاصة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦١ — ٢٢ نوفبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٢ — ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٧) .

وبالنسبة إلى الإجراءات القضائية يمكن تلخيص موقف المحال له فى المبادىء الآتية : (أولا) للمحال له رفع الدعوى باسمه ضد المحال عليه لمطالبته بالحق المحال به (محكمة مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٨٨ ص ١٦٩) ، وله أن يدخل المحيل ضامناً فى الدعوى (استئناف مصر ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٣٣ ص ٨٥٥) . (ثانياً) إذا وجدت قضية قائمة بين المحيل والمحال عليه فى خصوص الحق المحال به ، وجب على المحال له أن يأخذ مكان المحيل فيها ، بأن يتدخل فى الدعوى فى أية حالة كانت عليها (استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٦٥ ص ٧١٧ — استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤) . (ثالثا) يعتبر المحيل وكيلا عن المحال له فى مواجهة دفاع المحال عليه ، فالاستئناف المرفوع منه يفيد المحال له (استئناف مختلط ٢٤ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧) ، وكذلك يستفيد المحال له من الطلبات التى وجهها المحيل إلى المحال عليه ، فالطلبات التى كانت موجهة من المحيل فى الدعوى الابتدائية تعتبر قائمة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٣ ص ٦٩٠) . (رابعاً) للمحال له الحق فى التنفيذ باسمه ولو كانت الحوالة فى ورقة عرفية ، مادام الحق المحال به قد استجمع الشرائط القانونية ليكون قابلا للتنفيذ بأن كان ثابتاً فى ورقة رسمية أو صدر به حكم قابل للتنفيذ (مصر مستعجل ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٣ ص ٦٦٣) .

ولا يستطيع المحيل ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يتصرف فى الحق المحال به مرة ثانية ، لا ببيع ولا برهن ولا بأى نوع آخر من أنواع التصرفات(١) ، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائنى المحيل حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه بعد الإعلان أو القبول . وعلى العكس من ذلك ، يستطيع المحال له ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يتصرف فى الحق بحوالة تالية ، كبيع أو هبة أو رهن ، ويجوز لدائنيه أن يوقعوا حجزاً تحفظياً على الحق تحت يد المحال عليه .

على أن حلول المحال له محل المحيل قبل المحال عليه ليس من شأنه أن ينقل الصفات اللصيقة بشخص أحدهما إلى شخص الآخر . فلو أن المحيل كان زوجة المحال عليه ، ومن ثم يكون سريان التقادم موقوفاً لمصلحة الزوجية ، لم ينتقل أثر هذه الظروف الشخصية إلى المحال له ، ويبدأ سريان التقادم من وقت أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الزوج المحال عليه (٢) .

٢٩٥ — الدفوع التى للمحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له :

رأينا أن المادة ٣١٢ مدنى تنص على أن « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، كما

---

(١) ومن باب أولى لا يستطيع المحيل أن يبرىء ذمة المحال عليه من الدين إذا كان إعلان الحوالة للمحال عليه سابقاً على إعلان الإبراء (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٤) . كذلك لا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له ، فى حوالة الأجرة ، بحق فى إنقاص الأجرة قبل المحيل إذا كان هذا الحق لم يستعمل إلا بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حقه (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٦٠) . ولا يستطيع المحيل بعد نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه أن يصالحه (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣). ولا يحتج على المحال له بالاتفاقات التى تكون قد تمت بين المحيل والمحال عليه بعد إعلان الحوالة للمحال عليه (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٤١٢) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٤ — ص ٥١٥ — وعلى العكس من ذلك ، إذا حول الحق لزوجة المدين ، وقف سريان التقادم لمصلحتها ، ولم يكن موقوفاً من قبل لمصلحة المحيل (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٠ — بودرى وسينيا فقرة ٨٤٦) . وإذا حول الوارث حقاً للتركة انتقل إليه بالميراث ، وأصبح المحال له خلفاً خاصاً فى هذا الحق ، لم يصبح بالحوالة مسئولا عن شىء من ديون التركة ، بل يبقى الوارث المحيل هو المسئول عن هذه الديون فى حدود حصته فى الميراث (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢١) .

يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » . وهذه نتيجة منطقية مترتبة على كون الحق المحال به هو الذى ينتقل من المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه ، كما قدمنا . فما دام الحق نفسه هو الذى ينتقل ، فانه ينتقل بالدفوع التى عليه كما انتقل بالصفات والضمانات التى له . فيستطيع المحال عليه إذن أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال له ، كما كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل (١) . ويستطيع أيضاً أن يتمسك بالدفوع التى يستمدها من عقد الحوالة ذاته ، وهو العقد الذى نقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له .

يستطيع المحال عليه أولا أن يتمسك قبل المحال له ، بالنسبة إلى الحق المحال به ، بالدفوع التى كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها . فاذا كان هناك ، فى هذا الوقت ، دفع يمكن أن يدفع به هذا الحق قبل المحيل ، فان هذا الدفع يصلح للتمسك به قبل المحال له . والدفوع قد ترجع إلى انقضاء الحق أو إلى بطلانه أو إلى انفساخه . فيجوز أن يكون الحق المحال به قد انقضى وقت إعلان الحوالة أو قبولها ، حتى لو كان موجوداً وقت صدور الحوالة . فيصح مثلا للمحال عليه أن يدفع بأن الحق قد انقضى إما بالوفاء(٢)

---

(١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤ — استئناف أهلى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢٩ ص ٧٩ — ٢١ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٦٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٦ ص ٨٧ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٦ ص ٥١٢ — استئناف مصر ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧ — ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧٠ ص ١٦٦ — ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ — استئناف مختلط ٦ نوفبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٩٣ — ٢٧ نوفبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٣٧ — ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٥ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧١ — ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ سنة م ٢٥ ص ٢٠٧ — ٢٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٧ — ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٦ — ٢١ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٨ — ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٧ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٤ .

(٢) وليس من الضرورى أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لأمكان أن يتمسك بها المحال عليه قبل المحال له ، ولكن للمحال له أن يثبت عدم جديتها (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧١ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٣ — بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٧ هامش رقم ٤) .

أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، سواء كان الانقضاء سابقاً على صدور الحوالة أو تالياً له ، ما دام الحق قد انقضى قبل إعلان الحوالة أو قبولها (١) . ويجوز كذلك أن يكون الحق قد انقضى بتصرف المحيل فيه لمحال له آخر ونفذت الحوالة الثانية قبل نفاذ الحوالة الأولى ، فنى هذه الحالة يدفع المحال عليه مطالبة المحال له الأول بأن الحوالة الثانية هي النافذة فى حقه وفى حق المحال له الأول على السواء . ويجوز أن يكون أحد دائنى المحيل قد وقع حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، وعندئذ يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بالحق كله بأن الدائن الحاجز يشاركه فيه . كل هذه دفوع ترجع إلى انقضاء الحق ، كان المحال عليه يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحيل ، فيجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له . وهناك دفوع ترجع إلى بطلان الحق المحال به أو إلى انفساخه ، كأن يكون الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال أو عقد قابل للفسخ ، أو يكون الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو معلقاً على شرط فاسخ تحقق (٢) . كل هذه دفوع كان المحال عليه يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل ، ليستطيع كذلك أن يتمسك بها قبل المحال له (٣) .

---

(١) انظر الأستاذ عبد الحي حجازى ٣ ص ٣٦٠ — وقارن الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٥٢ وفقرة ٥٤ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ .

(٣) كذلك يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالفوائد الربوية التى دفعها للمحيل ويطلب استنزالها من أصل الدين (بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨١) .

أما إذا كان الحق ما بين المحيل والمحال عليه صورياً ، وحوله المحيل إلى آخر فإن المحال له يعتبر من الغير فى الصورية إذا كان حسن النية ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبله بانعدام الحق لصوريته . وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للمدين فى حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولا ناقلا للملك أن يقيم الدليل فى وجه المحال له على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين ، متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة التى أخفى سببها عليه ، وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيق ، وكان المدين لم يدفع بعلم هـذا المحال له للسبب الحقيق وقت احتياله بالدين ، ولأن إخفاء السبب الحقيق تحت ستار السبب المنتحل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحال له (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٧ ص ٦٨٤ — انظر أيضاً : استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٣ ص ٢٩٣ — استئناف =

على أن هنـاك دفعين يخرجان على القواعد التى قدمناها : هما الدفع باتحـاد الذمة والدفع بالمقاصة. فاذا كان المحال عليه هو وارث المحيل ، وبعد صـدور الحوالة ، ولكن قبل إعلانها أو قبولها ، مات المحيل فورثه المحال عليه وانقضى الحق المحـال به باتحاد الذمة ، فقدكان ينبغى أن يستطيع المحـال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بعد إعلان الحوالة بانقضاء الحق. ولـكنه لما وارثاً للمحيل ، وكان للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التى يمثلها الوارث ، فان الأمر ينتهى إلى أن المحال عليه لايجوز أن يتمسك بهـذا السبب من أسباب الانقضـاء (١). كذلك إذا كان هنـاك حق للمحال عليه فى ذمة المحيل بحيث ينقضى الحق المحال به بالمقاصة ، ولـكن المحال عليه قبل الحوالة دون تحفظ ، فانه لايستطيع أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصـة (٢) كما كان يستطيع دفعها بالدفوع الأخرى. فقد رأينا أن المـادة ٣٦٨ مدنى تنص على أنه « ١ — إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهـذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. ٢ — أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولـكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » (٣).

= مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٧ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٥ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩ — وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ هامش رقم ١) .

(١) هيك ٢ فقرة ٣٧٨ — بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ — ص ٨٨١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤ .

(٣) أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فيعمم حكم المقاصة على جميع الدفوع الأخرى ، فتنص المادة ٢٨٥/٢ منه ، كما رأينا ، على أنه يجوز « للمديون أن يدلى بأسباب الدفع والدفاع التى كان يحق له أن يدلى بها تجاه المتفرغ له . ويجرى الأمر بالعكس إذا كان المديون قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يعد إذن عادلا عن وسائل الدفاع التى كان يملكها إلى ذلك الحين » . وهذا الحكم منتقد ، وهو مخالف للمعنى الذى ينطوى عليه قبول الحوالة ، إذ لا يعدو هذا المعنى أن يكون إقراراً من المحال عليه بعلمه للحوالة ، ولا يتضمن هذا القبول نزولا منه عن الدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨٤٨ — الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ١د ص ٤٥ — الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٦ — ص ٣٧) . على أن =

ويستطيع المحال عليه ثانياً أن يتمسك بالدفوع التى ترجع إلى عقد الحوالة ذاته . مثل ذلك أن يكون عقد الحوالة باطلا ، وهو سند المحال له فى الرجوع على المحال عليه ، فلهذا أن يدفع ببطلانه أو يجوز أن يتمسك بانبطلان كأ ذى مصلحة . أما إذا كان عقد الحوالة قابلا للإبطال لمصلحة المحيل فان المحيل وحده هو الذى يستطيع أن يتمسك بابطال الحوالة ، ولا يستطيع المحال عليه ذلك لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته ، بل ولا يستطيع أن يتمسك بالإبطال باسم المحيل لأنه ليس دائناً له بل مديناً . فلا يبقى أمامه إلا أن يدخل المحيل خصما فى الدعوى التى يرفعها عليه المحال له ، ويطلب منه إما أن يتمسك بابطال العقد وإلا دفع المحال عليه الحق المحال به للمحال له معتبراً سكوت المحيل عن التمسك بابطال العقد إجارة ضمنية منه للحوالة . وهذا هو أيضاً شأن ما إذا كان عقد الحوالة قابلا للفسخ . فاذا كانت الحوالة فى مقابل ثمن لم يدفعه المحال له للمحيل ، وكان للمحيل أن يفسخ العقد لعدم دفع الثمن ، فليس للمحال عليه أن يتمسك بالفسخ ، فان الذى يتمسك به هو المحيل . وللمحال عليه أن يدخل المحيل خصما فى الدعوى ، حتى إذا رأى هذا أن

= قبول المحال عليه للحوالة قبولا لا تحفظ فيه، ومتضمناً معنى أنه قد التزم شخصياً نحو المحال له، قد يفيد نزوله عن الدفوع التى كان يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحال له ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بأى دفع من هذه الدفوع ، ويجب عليه أن يفى بالحق المحال به للمحال له ، ثم يرجع بعد ذلك على المحيل إن كان هناك وجه للرجوع (استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨ — الأسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٦ ص ٤٥٠ — بودرى وسينيا فقرة ٨٤٩ — فقرة ٨٥٠ — قارن الموسكى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٠) . ولكن تضمين قبول المحال عليه للحوالة معنى النزول عن الدفوع التى كانت له قبل المحيل لا يفترض ، بل لا بد أن يكون هذا المعنى واضحاً من قبول الحوالة ، فان قام شك فسر القبول لمصلحة المحال عليه ، لأنه هو المدين ، واعتبر قبولا للحوالة مع الاحتفاظ بما للمحال عليه من دفوع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٤٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠١ — ٥٠٢ — وانظر آنفا فقرة ٢٦٧) .

ويعرض التقنين المدنى الألمانى لدفع المحال عليه بالمقاصة ، فتنص المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتى : « يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك بالمقاصة قبل الدائن الجديد (المحال له) فى حق ثبت له فى ذمة الدائن السابق (المحيل) ، إلا إذا كان وقت أن كسب هذا الحق قد أحاط علماً بوقوع الحوالة، وإلا إذا كان حقه لم يحل إلا بعد علمه بالحوالة ، ويشترط فى هذه الحالة الأخيرة ألا يكون هذا الحق قد حل إلا فى وقت لاحق لحلول الحق المحال به » . وانظر فى التعليق على هذا النص التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٤٠٦ ص ٥٧٦ — ص ٥٧٨ .

يطالب بفسخ العقد فعل ، وإلا كان المحال عليه ملزماً بدفع الحق المحال به للمحال له، ثم يطالب المحيل المحال له بثمن الحوالة(١) . وقد يكون عقد الحوالة صورياً ، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بصوريته(٢)، وأن يثبتها بجميع الطرق، حتى بالبينة وبالقرائن(٣) ، لأنه ليس طرفاً فى الصورية . ولكنه لايعتبر غيراً فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأى من طرفى الصورية ، فاذا وفى الحق المحال به للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الدفع صحيحاً مبرئاً للذمة، لا لأنه من الغير فى الصورية ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى،

---

(١) ويبدو مما قدمناه أن من الأسراف القول بأن للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع التى ترجع إلى عقد الحوالة ذاته ، فقد رأيناه لا يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد أو بفسخه ، ويجب عليه أن يدخل المحيل خصماً فى الدعوى ليتولى بنفسه التمسك بذلك . وإذا كان المحال عليه يستطيع التمسك ببطلان العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى قواعد الحوالة بل إلى قواعد البطلان المطلق ، إذ يستطيع التمسك بالبطلان المطلق كل ذى مصلحة . وسنرى حالا أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك بصورية الحوالة ، ولكن هذا أيضاً يرجع إلى قواعد الصورية لا إلى الحوالة ، فإن الصورية كالبطلان المطلق يستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك بها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٣١٢ مدنى ، وهو النص الذى يجيز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ، يجرى على الوجه الآتى : « كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال إليه وحده » ، أى يستطيع المحال عليه أن يتمسك ضد المحال له مثلا بمقاصة وقعت بين الحق المحال به وحق آخر مقابل ترتب فى ذمة المحال له للمحال عليه . فكان النص مستقيماً على هذا الوجه . إلا أنه عدل فى لجنة المراجعة ، لتنسيقه مع المادة ٣٢٠ الواردة فى حوالة الدين ، مع أن هناك فرقاً واضحاً بين حوالة الدين وحوالة الحق فى هذا الصدد . فى حوالة الدين — دون حوالة الحق — يكون المحال عليه دائماً طرفاً فى عقد الحوالة ، فن حقه إذن أن يتمسك بالدفوع المستمدة من هذا العقد . (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ — ص ١٣١ — انظر آنفاً فقرة ٢٨٩ فى الهامش) . وكان الأولى إبقاء النص على أصله دون تعديل ، وهذا ما وقع فى التقنين المدنى العراقى فى المادة ٣٦٦ ، فقد بقيت هذه المادة على أصلها فى المشروع التمهيدى المصرى دون تعديل كما بينا ذلك آنفاً فى فقرة ٢٨٩ فى الهامش . (انظر فى هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٥٥ — الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٧ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٦٠) .

(٢) قارن استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ – ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ ٣ ص ٣٦٠) .

(٣) ولا يكفى لإثبات صورية الحوالة أن المقابل المدفوع يعادل قيمة الحق المحال به مع أن هذا الحق لا ينتج فوائد ومع أن استيفاءه يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٥) .

بل لأنه وفى الحق إلى الدائن الظاهر بحسن نية(١) . على أنه إذا تمسك المحال عليه بصورية الحوالة ، جاز مع ذلك اعتبار الحوالة الصورية توكيلا من المحيل للمحال له فى قبض الحق المحال به من المحال عليه ، فيصح للمحال له باعتباره وكيلا إلزام المحال عليه بدفع الحق المحال به ، كما يجوز للمحيل الرجوع فى هذا التوكيل(٢) .

الفرع الثالث

علاقة المحيل بالمحال عليه

٢٩٦ — التمييز بين مرحلتين : فى علاقة المحيل بالمحال عليه يجب أن نميز بين مرحلتين : (١) المرحلة التى تسبق إعلان الحوالة أو قبولها (٢) ثم المرحلة التى تلى الإعلان أو القبول .

٢٩٧ — المرحلة التى تسبق إعلان الحوالة أو قبولها : فى هذه المرحلة لا تزال الحوالة غير نافذة فى حق المحال عليه ، ولا يزال صاحب الحق بالنسبة إليه هو المحيل . فيستطيع المحيل إذن أن يقوم باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية اللازمة ، كأن يقطع التقادم وأن يقيد الرهن وأن يجدد القيد وأن يتقدم فى التوزيع ونحو ذلك (٣) . وما ينتج من أثر يفيد بطبيعة الحال المحال له . وقد رأينا فيما قدمناه أن هذه الإجراءات التحفظية يستطيع المحال له أيضا ، فى هذه المرحلة نفسها ، أن يتخذها باسمه .

كذلك يستطيع المحيل ، فى المرحلة التى نحن بصددها ، أن يجاوز الأعمال التحفظية إلى الأعمال التنفيذية ، فهو بالنسبة إلى المحال عليه لا يزال صاحب

---

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ هامش رقم ١ .

(٢) استئناف مختلط ٣ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ . وانظر فى إمكان أن تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل ما ذكرناه آنفاً فقرة ٢٤٦ فى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩١ فى الهامش .

الحق كما قدمنا . فله أن يستوفى الحق من المحال عليه، وله أن يجبره على الوفاء . وليس للمحال عليه فى هذه الحالة الأخيرة إلا أن يبادر إلى قبول الحوالة حتى يجعلها نافذة فى حقه فلا يوفى الحق المحال به إلا للمحال له ، أو أن يدخل المحال له خصما فى الدعوى ويدعوه إلى تحديد موقفه من الحوالة . كذلك يستطيع المحيل أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء ، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء ، ولا يكون للمحال له فى هذه الحالة إلا الرجوع عليه بالضمان إن كان هناك محل للرجوع (١) .

ويستطيع المحيل أيضاً أن يتصرف فى الحق المحال به ، فهو لا يزال صاحبه بالنسبة إلى المحال عليه وبالنسبة إلى الغير ، فيحول الحق مرة أخرى إلى محال له ثان على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك . ويجوز لدائنى المحيل أن يحجزوا حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه(٢) . فالمحال له إذن يخلص له الحق المحال به بالحالة التى يكون عليها وقت الإعلان أو القبول ، لا بحالته وقت صدور الحوالة . وإذ انتقص الحق بفعل المحيل ، فى الفترة ما بين وقت صدور الحوالة ووقت إعلانها أو قبولها ، فليس للمحال له إلا الرجوع على المحيل (٣) .

٢٩٨ — المرحلة التى تلى اعلان الحوالة أو قبولها : فاذا ما أعلنت الحوالة أو قبلت ، فقد رأينا أنها تصبح نافذة فى حق المحال عليه وفى حق الغير ، وتصبح المحيل أجنبياً بالنسبة إلى المحال عليه .

ومن ثم لا يستطيع المحيل فى هذه المرحلة أن يفعل شيئاً مما كان يستطيع أن يفعله فى المرحلة الأولى . لا يستطيع أن يستوفى الحق من المحال عليه ، وإن استوفاه كان الوفاء غير مبرىء لذمة المحال عليه كما قدمنا . ولا يستطيع بالأولى

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ .

(٢) ولكن لا يجوز لدائنى المحال له أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه ، لأن هذا لا يعتبر قبل الإعلان أو القبول مديناً لمدينهم .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ — ص ٥١٨ — وقد رأينا فيما قدمناه أن المحال له هو أيضاً يستطيع أن يقوم بإجراءات تحفظية وإجراءات تنفيذية فى المرحلة التى نحن بصددها ، بحيث يكون للحق المحال به صاحبان فى وقت واحد .

إلزام المحال عليه بالوفاء ، كما لا يستطيع أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء ، لا بالتجديد ولا بالمقاصة (١) ولا باتحاد الذمة ولا بالإبراء ولا بغير ذلك .

كذلك لا يستطيع المحيل أن يتصرف فى الحق المحال به بعد إعلان الحوالة أو قبولها ، لا ببيع ولا بهبة ولا برهن ولا بغير ذلك من التصرفات، فقد أصبح المحال له هو صاحب الحق كما سبق القول . ولا يجوز فى هذه المرحلة لدائنى المحيل أن يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، والحجز بعد إعلان الحوالة أو قبولها لا يسرى فى حق المحال له . والذين يستطيعون أن يوقعوا الحجز تحت يد المحال عليه هم دائنو المحال له ، فقد أصبح الحق ملك مدينهم وحده(٢).

الفرع الرابع

علاقة المحال له بالغير

٢٩٩ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ٣١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير » .

وتنص المادة ٣١٤ على ما يأتى :

« ١ — إذا وقع تحت المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر » .

---

(١) وإذا كان الحق المحال به مضافاً إلى أجل ، وكان الأجل فى صالح المحيل ، لم يستطع هذا ، بعد الإعلان أو القبول ، أن ينزل عن الأجل حتى يتمسك بالمقاصة فى دين كان قد حل فى ذمته للمحال عليه . وإذا كان الأجل فى صالح المحال عليه ، لم يستطيع هو أيضاً ، بعد الإعلان أو القبول ، أن ينزل عن الأجل ليتمسك بالمقاصة (بلانيول وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ هامش رقم ٣) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ .

« ٢ — وفى هذه الحـالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحـاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة (١) » .

وليس للنص الأول مقـابل فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص لانطباقه على القواعد العـامة . أما النص الثـانى فيقابله فى تقنين المرافعات السابق المادة ٤٣٣/٤٩٥ (٢) .

ويقابل النصان فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المـادتين ٣١٣ — ٣١٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المـادتين ٣٠٠ — ٣٠١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٧٣ — ٣٧٤ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المواد ٦٤٧ — ٦٤٩ (٣) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣١٣ : ورد هذا النص فى المادة ٤٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣١ — ١٣٢) .

م ٣١٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ — ص ١٣٥) .

(٢) تقنين المرافعات السابق م ٤٣٣/٤٩٥ : إذا وقع الحجز على مال المدين عند الغير ، ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له عند المحجوز لديه أو ببعضه وأعلنت الحوالة إعلاناً صحيحاً ، ثم ظهر بعد ذلك مداينون آخرون ووقعوا الحجز ، فهؤلاء يتحاصون مع الحاجزين السابقين ومع المحتال بشرط أن ينقص من حصة كل من الحاجزين المتأخرين قدر ما يفى بإتمام مبلغ الحوالة ، كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لدينه . (وهذا الحكم يتفق مع الحكم الوارد فى المادة ٣١٤ من التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣١٣ — ٣١٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى) .

وقد عرضت هـذه النصوص لطائفتين من الغير ، لتقرر لمن يكون التقـدم إذا تزاحم المحـال له مع الغير . وهاتان الطائفتان هما : (١) محال له آخر بنفس الحق المحـال به أولا ، سواء تضمنت الحوالة بيعاً أو هبة أو رهناً أو غير ذلك من التصرفات . (٢) دائن حاجز من جهـة المحيل يكون قد حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه .

وقد رأينا فيما تقدم (١) أن الغير فى الحوالة يشمل هاتين الطائفتين ويشمل أيضاً طائفة ثالثة هى دائنو المحيل إذا شهر إفلاسه أو إعساره . ورأينا أن العبرة

– التقنين المدنى الليبى م ٣٠٠ — ٣٠١ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٧٣ — ٣٧٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٦٤٧ : إن التفرغ عن الدين المطلوب للمحجوز عليه يجعل الحجز باطلا إذا جرى هذا التفرغ قبل إبلاغ ورقة الحجز إلى الشخص الثالث المحجوز لديه .

م ٦٤٨ : إذا حدث بعد الحجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بحصر امتياز الحجز ، أن المديون تفرغ لأحد عن الدين المحجوز لدى الشخص الثالث ، فإن التفرغ يكون باطلا بهذه الصفة ، بيد أن المتفرغ له يصبح تجاه الحاجز الأول بمنزلة حاجز ثان ، ويشترك معه على نسبة ماله من الدين .

م ٦٤٩ : إذا حدث بعد أول حجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بحصر امتياز الحجز ، أنه جرى أولا تفرغ عن الدين ثم حجز ثان ، فإن المتفرغ له يأخذ نصيبه وقت التوزيع مع الحاجز الأول ويكون مقدماً على الحاجز الثانى . ويتم التوزيع على الوجه الآتى : تحدد أولا حصة الحاجز الأول بإجراء توزيع نسبى بين ذوى الشأن الثلاثة ، ثم تعطى الزيادة للمتفرغ له بالأفضلية على الحاجز الثانى .

وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصرى . أنظر مع ذلك الدكتور صبحى محمصانى ، وهو يقول : « إن الفرق واضح فى الأحكام ما بين التقنين اللبنانى والتقنينات العربية ، فإن أفضلية المحال له بالنسبة للحاجز الثانى محدودة بقيمة الحوالة فى هذه القوانين ، على حين أن الأفضلية مطلقة فى القانون اللبنانى » (انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٩) . ولا نظن ، مهما تكن الأفضلية مطلقة فى التقنين اللبنانى ، أن المحال له يحصل فى التوزيع على أكثر من قيمة الحوالة ، وهذا هو الحكم أيضاً فى التقنينات العربية الأخرى .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٤ .

فى نفاذ الحوالة فى حق هؤلاء الأغيار — أى الطوائف الثلاثة — بالتاريخ الثابت لإعلان المحال عليه بالحوالة أو لقبوله بها .

ولا تقوم صعوبة فى تطبيق هذا المبدأ بالنسبة إلى طائفتين من هذه الطوائف الثلاث ، وهما طائفة دائن المحيل المفلس أو المعسر وطائفة المحال له الثانى . وإنما تقوم الصعوبة فى تطبيق المبدأ بالنسبة إلى الدائن الحاجز . فنبحث أولا الطائفتين الأولين ، ثم نفرد بعد ذلك مبحثا خاصا بالدائن الحاجز .

المبحث الثامن

التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر أو محال له آخر

٣٠٠ — التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر: إذا صدرت الحوالة من المحيل ، وقبل أن تصبح نافذة فى حق الغير بالإعلان أو القبول شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فأن دائنى المحيل فى هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له ، وذلك من وقت صدور الحكم بالإفلاس أو من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

أما فيما يتعلق بالإفلاس ، فقد نصت المادة ٢١٦ من التقنين التجارى على أن « الحكم باشهار الإفلاس يوجب بمجرد صدوره رفع يد المفلس من تاريخ هذا الحكم عن إدارة جميع أمواله ... » . ومن المجمع عليه فى الفقه التجارى أن غل يد المفلس من تاريخ صدور الحكم بالإفلاس لا يقتصر فحسب على إدارة الأموال ، بل هو يشمل أيضا ، ومن باب أولى ، التصرف فى هذه الأموال (١) . ومن النتائج التى يرتبها فقهاء القانون التجارى على هذا المبدأ أنه « إذا اشترط القانون لسريان التصرف على الغير إتمام إجراءات أو أشكال معينة ، فلا يعتبر التصرف بالنسبة إلى جماعة الدائنين قد كمل إلا إذا تمت الإجراءات أو الأشكال المذكورة قبل صدور حكم الإفلاس . فاذا لم تكن قد

---

(١) الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٤٤ ص ٣٣٨ .

تمت حتى هذا الوقت ، فلا يجوز إجراؤها بعد ذلك ، ومن ثم لا يحتج بالتصرف على جماعة الدائنين لأنها من الغير (١) » . وتطبيقاً لهذا المبدأ ، إذا حول الدائن قبل شهر إفلاسه الحق الذى له فى ذمة مدينه إلى شخص آخر ، ولم يكن التاريخ الثابت لإعلان هذه الحوالة إلى المدين أو لقبوله إياها سابقاً على تاريخ الحكم بشهر الإفلاس ، فان دائنى المحيل المفلس يعتبرون من الغير بالنسبة إلى هذه الحوالة ، ولما كان تاريخ نفاذها تالياً لصيرورتهم من الغير ، فان الحوالة لا تنفذ فى حقهم . وفى هذه الحالة يبقى الحق المحال به فى « روكية » المحيل المفلس تتناوله إجراءات الإفلاس ، ويدخل المحال له ضمن دائنى التفليسة بما له من حق الرجوع على المحيل ، ويقاسم هؤلاء الدائنين قسمة الغرماء (٢) .

---

(١) الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٨ . ويشير إلى حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ .

(٢) ليون كان ورينو ٧ فقرة ٧٠٣ — الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدفع بعدم جواز إعلان الحوالة للمدين المحال عليه بعد إفلاس المحيل لا يجوز التمسك به إلا من دائنى هذا الأخير الذين تتكون منهم جماعة الدائنين (٢٧ مارس ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٥ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢) . ويقول الأستاذ محسن شفيق فى هذا الصدد : « ويسرى ذات الحكم إذا كان الحق مما يتداول بالطرق التجارية ، أى بطريق التسليم إذا كان لحامله ، أو التظهير إذا كان إذنيا ، أو القيد فى دفاتر المحال عليه إذا كان اسمياً ، لأن التسليم أو التظهير أو القيد فى الدفاتر يقوم مقام الإجراءات الخاصة بالحوالة المدنية . وعلى هذا الأساس إذا تنازل المفلس عن ورقة تجارية أو مالية لحاملها ، ولم يقع التسليم حتى صدور حكم الإفلاس ، فلا يحتج بالتنازل فى مواجهة جماعة الدائنين . وإذا تنازل عن ورقة تجارية أو مالية إذنية ولم توضع صيغة التظهير الناقل للملكية على الورقة حتى صدور حكم الإفلاس ، فلا يجوز وضعها بعد ذلك ، ولا يكون للمتنازل إليه أن يحتج بالتظهير فى مواجهة جماعة الدائنين ولو كان الصك فى حيازته ، ومن هنا تبدو أهمية تاريخ التظهير . ولما كان القانون لا يتطلب أن يكون هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمى ، فقد أراد أن يعوض ذلك بتوقيع العقوبة على الكذب فيه ، وعلى الأخص إذا كان هذا الكذب بتقديمه ، فقضى فى المادة ١٣٦ تجارى بأن تقديم التواريخ فى التحاويل ممنوع ، وإن حصل يعد تزويراً . وإذا تنازل المفلس عن سهم أو سند اسمى ، ولم تتم إجراءات التنازل فى دفاتر الشركة حتى وقت صدور حكم الإفلاس ، فلا يجوز بعد ذلك إتمامها ، ولا يحتج بالتنازل فى مواجهة جماعة الدائنين ، فيكون لها أن تعتبر السهم أو السند لا يزال فى ملكية المفلس : استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ . (الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٩ — ص ٣٦٠) .

وأما فيما يتعلق بالإعسار، فقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى على أنه «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » . ويتبين من هذا النص أنه بعد شهر إعسار المدين ، كل تصرف يصدر منه منذ تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة والرهن ويدخل فى ذلك حوالة الحق على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن ، أو يزيد فى التزاماته كالقرض ، وأى وفاء يقوم به ولو لدين حال ، يكون غير سار فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف إليه ولو كان التصرف معاوضة . وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البولصية (١) . وكما أن الحوالة التى صدرت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا تسرى فى حق دائنى المعسر إذ يعتبرون من الغير بالنسبة إليها ، كذلك إذا لم تتم الإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة فى حق الغير قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فان الحوالة لا تسرى فى حق دائنى المعسر باعتبارهم من الغير . فاذا صدرت الحوالة من المحيل ولو قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ولكن التاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فان الحوالة لا تنفذ فى حق دائنى المعسر ، ويبقى الحق المحال به داخلا فى الضمان العام لجميع الدائنين ، ومنهم المحال بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل ، فيكون أسوة الدائنين الآخرين فى التنفيذ على أموال المدين المعسر ، وذلك وفقاً للمادة ٢٥٦ مدنى .

٣٠١ — التزاحم بين محال له ومحال له آخر : رأينا أن المادة ٣١٣ مدنى تنص على أنه « إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير » . فالمفروض أن المحيل قد حول حقه مرة أولى ، ثم حول نفس الحق مرة أخرى ، سواء كانت الحوالة فى أية مرة من

---

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٧٠٨ ص ١٢٣٢ .

المرتين على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك ، فتزاحم المحال له الأول مع المحال له الثانى ، فأيهما يقدم على الآخر ؟

يقول النص إن الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير هى التى تفضل . ولاتنفذ الحوالة فى حق الغير ، كما قدمنا ، إلا إذا أعلنت إلى المحال عليه أو إلا إذا قبلها وكان لهذا القبول تاريخ ثابت . فمن من المحال لهما سبق الآخر إلى إعلان الحوالة للمحال عليه ، أو سبق الآخر إلى الحصول على قبول ذى تاريخ ثابت من المحال عليه للحوالة ، كان هو المقدم(١) . فالعبرة إذن، عند تزاحم هذين ، فى المفاضلة بينهما ، ليس بتاريخ صدور الحوالة ، بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها من المحال عليه(٢) .

وقد يقع أن يحول الدائن جزءاً من حقه إلى محال له أول ، والجزء الباقى إلى محال له ثان . فهنا لا يقوم تزاحم بين المحال لهما ، إذ كل منهما قد حول بجزء من الحق غير الجزء الذى حول به الآخر . فيرجع كل منهما بالجزء المحول به على المحال عليه ، ويستوفيه منه كاملا . فلو كان الحق مائة ، وحول كل من المحال لهما بخمسين ، رجع كل منهما على المحال عليه بالخمسين التى له دون

---

(١) ولو كان المحال له الأسبق فى التاريخ الثابت قد انتقل إليه الحق المحال به ببيع أو هبة مثلا ، فإنه يجبُ المحال له المتأخر ، سواء كان هذا قد كسب الحق أو اقتصر على رهنه . أما إذا كان المحال له المتقدم لم ينتقل إليه الحق إلا على سبيل الرهن ، وكان المحال له المتأخر قد كسب الحق ببيع أو هبة مثلا ، فإن المحال له الأول لا يجبُ المحال له الثانى إلا فى حدود حق الرهن ، فينتقل الحق المحال به إلى المحال له الثانى مثقلا بحق الرهن الثابت للمحال له الأول . فإذا استوفى المحال له الأول الحق المضمون بالرهن من الحق المحال به المرهون ، وبقى شىء من هذا الحق الأخير ، فإن الباقى يؤول إلى المحال له الثانى .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٧٩ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣١ – هذا ويشترط فى تفضيل صاحب التاريخ الثابت المتقدم أن يكون حسن النية (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ – الوسيط جزء ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٣٣) . وهذا بخلاف التسجيل فى شهر الحقوق العينية الأصلية ، فإن الذى يسجل أولا يفضل على من سجل بعد ذلك ولو كان هذا الأخير قد تلقى التصرف قبل الأول ، ولا يشترط فيمن سجل أولا ، حتى يفضل ، أن يكون حسن النية . بل إن القضاء المصرى قد ذهب فى بعض أحكامه إلى تفضيل من سجل أولا ولو كان متواطئاً مع من صار منه التصرف (الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ هامش رقم ٤) .

تزاحم . وإنما يقع التزاحم إذا كان المحال عليه معسراً إعساراً جزئياً ، فاذا فرضنا فى المثل المتقدم أنه لم يخلص للمحال لهما من مال المحال عليه إلا خمسون، فلكل منهما خمسة وعشرون ، إذ لا وجه لتفضيل أحدهما على الآخر فى هذه الحالة ، ولو كانت حوالته نافذة فى حق الغير قبل نفاذ حوالة الآخر ، لأننا لسنا فى مقام تزاحم بين حوالتين بحق واحد ، بل فى مقام تزاحم دائنين لا يستطيعان أن يستوفيا الحق كاملا فيقسم مال المدين بينهما قسمة غرماء . وقد رأينا أن هذا الحكم ينطبق أيضاً فيما إذا كان المحيل قد حول جزءاً من حقه إلى محال له واستبقى لنفسه الجزء الآخر ، فاذا كان مال المحال عليه لا يفى بحق كل منهما ، قسما هذا المال بينهما قسمة الغرماء هنا أيضاً ، وهذا ما لم يكن المحيل قد ضمن للمحال له يسار المحال عليه وقت حلول الحق المحال به ، فى هذه الحالة يتقدم المحال له على المحيل(١) .

على أن من الجائز ، عند تحويل الدائن جزءاً من حقه ، أن يتفق مع المحال له ، وقت الحوالة أو بعدها ، على أن يكون هذا الجزء مقدماً فى الاستيفاء على الجزء الباقى ، سواء استبقى هذا الجزء الباقى لنفسه أو حوله إلى محال له آخر . فى هذه الحالة يسرى الاتفاق على المحيل إذا كان قد استبقى لنفسه الجزء الباقى ، وعلى المحال له الآخر إذا كان قد حول له هذا الجزء الباقى لأنه يكون قد علم — أو من المفروض أنه علم — بأسبقية الجزء المحول أولا على الجزء الذى حول له أخيراً بالاستعلام عن ذلك من المحال عليه وقت صدور الحوالة له . ومن ثم يتقدم الجزء الأول المحال به فى الاستيفاء على الجزء الباقى . أما إذا أراد الدائن أن يجعل الأسبقية للجزء الباقى من الحق فلا بد أن يحتفظ له بهذه الأسبقية عند إجراء حوالة الجزء الأول(٢) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٢ فى آخرها .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ — ص ١٦٨ — بودرى وسينيا فقرة ١٤٠٨ .

المبحث الثانى

التزاحم بين المحال له والدائنين الحاجزين

٣٠٢ — حالات ثلاث : رأينا أن المادة ٣١٤ مدنى تنص على أنه :

« ١ – إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر . ٢ – وفى هذه الحالة ، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير ، فأن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » .

ويوحى هذا النص بأنه يجب التمييز بين حالات ثلاث : (١) بعد صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير عمد أحد دائنى المحيل إلى توقيع حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، فقام التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز . (٢) قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير بادر أحد دائنى المحيل إلى توقيع الحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، فقام التزاحم بين الدائن الحاجز والمحال له . (٣) قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير ، بادر أحد دائنى المحيل إلى توقيع الحجز ، ثم بعد صيرورتها نافذة فى حق الغير وقع دائن آخر حجزاً ثانياً ، فقام التزاحم بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثانى . ولكل من هذه الحالات الثلاث حكمها الخاص .

٣٠٣ — التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز : نفرض فى هذه الحالة أن الحوالة قد صارت نافذة فى حق الغير قبل توقيع الحجز ، بأن استطاع المحال له أن يعلن المحال عليه بها قبل أن يعلنه الدائن بالحجز ، أو استطاع أن يحصل من المحال عليه على قبول ذى تاريخ ثابت سابق على تاريخ إعلان الحجز للمحال عليه .

لم يرد فى هذه الحالة نص لوضوحها (١) . فمن البديهى أن الحوالة وقد نفذت فى حق الغير — أى فى حق الدائن الحاجز — قبل تاريخ إعلان الحجز ، فقد انتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى الدائن الحاجز قبل توقيع الحجز . فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين ، فيقع باطلا لانعدام المحل . ومن ثم يتقدم المحال له فى هذه الحالة على الدائن الحاجز ، ويستولى أولا على قيمة حوالته (٢) . فان كانت الحوالة بكل الحق ، أخذه كله من المحال عليه ، ولا يبقى للدائن الحاجز شىء . وإن كانت الحوالة بجزء من الحق ، استولى المحال له على هذا الجزء كاملا قبل الدائن الحاجز ، وما يبقى من الحق بعد ذلك يستوفى منه الدائن الحاجز حقه أو بعض حقه بحسب الأحوال (٣) .

٣٠٤ — التزاحم بين الدائن الحاجز والمحال له : نفرض فى هذه الحالة أن الدائن الحاجز قد سبق المحال له ، فأعلن الحجز للمحال عليه قبل أن يعلن المحال له الحوالة أو قبل أن يحصل على قبول بها ذى تاريخ ثابت من المحال عليه (٤) .

لا شك فى أن الحجز هنا وقع على الحق المحال به فى وقت كان هذا الحق فى ملك المدين ، فالحجز صحيح منتج لأثره . ولكن الحوالة المتأخرة تعتبر هى نفسها بمثابة حجز متأخر ، فان المحال له دائن بالضمان للمحيل ، وباعلانه الحوالة أو بقبولها من المحال عليه يكون كأنه أوقع بحقه فى الضمان حجزاً آخر تحت يد المحال عليه . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣١٤

---

(١) ورد فى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى نص صريح فى هذا المعنى ، هو المادة ٦٤٧ من هذا التقنين (انظر آنفاً فقرة ٢٩٩ فى الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٧ — ٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٦ .

(٤) وهذا حتى لو كان حق الدائن الحاجز متأخراً عن صدور الحوالة ، ما دام إعلان الحجز سابقاً على الإعلان أو التاريخ الثابت للقبول .

مدنى ، فهى تقول : « إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر (١) » .

ولما كان الحجز المتقدم لا يفضل على الحجز المتأخر ، بل كل من الدائنين الحاجزين يزاحم الآخر ويقسم مال المحيل بينهما قسمة الغرماء ، فان وجد مال عند المحال عليه يفى بكل من الحجز كاملا والحوالة كاملة ، أخذ كل منهما جميع حقه . أما إذا ضاق المال الذى للمحيل عند المحال عليه عن ذلك ، فان هذا المال يقسم بين الحاجز والمحال له قسمة غرماء كما قدمنا . فلو كان حق الحاجز مائتين ، والحوالة بثلثمائة ، ولم يوجد عند المحال عليه للمحيل إلا أربعمائة ، أخذ الحاجز خمسى هذا المبلغ أى مائة وستين ، وأخذ المحال له ثلاثة الأخماس الباقية أى مائتين وأربعين(٢) .

٣٠٥ — التزاحم بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثانى: نفرض فى هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه ، ثم صارت الحوالة نافذة فى حق الغير ، وبعد

---

(١) أما إذا كان الحجز باطلا ، بأن كان لم يعلن أو لم تعقبه دعوى بصحة الحجز ، فلا يعتد به ، وتكون الحوالة نافذة فى حق الحاجز (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٦) .

(٢) أما إذا كان الدائن الحاجز قد استطاع الحصول على حكم بصحة الحجز قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، ولم يقع الإعلان أو القبول إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من يوم تقرير المحجوز لديه بما فى ذمته فى قلم كتاب المحكمة (م ٥٦١ مرافعات) ، فإن الدائن الحاجز يكون فى هذه الحالة بمثابة محال له سابق ، ويتقدم على المحال له فى استيفاء حقه من الحق المحجوز عليه . ويفهم هذا الحكم من نص المادة ٥٦٧ مرافعات ، إذ تقضى بأنه « يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره (بما فى ذمته) أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به أو ما يفى منه بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذى وكانت الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٤٧٤ قد روعيت . فإذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول . وإذا تعدد الحاجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً ، وجب على المحجوز لديه إيداعه خزانة المحكمة لتقسيمه » (انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بودرى وسينيا فقرة ٨٥٨) .

ذلك أعلن الحاجز الثانى حجزه . فعندنا إذن حاجز متقدم ، ثم محال له ، ثم حاجز متأخر(١) .

لو لم يوجد نص صريح فى هذه المسألة ، لكان الحكم الذى يتفق مع القواعد العامة هو على الوجه الآتى : لا محل للاعتداد بالحجز المتأخر ، فأن الحجز الذى يتأخر عن الحوالة يكون باطلا لانعدام محله . ولا محل إذن للقول بمزاحمة الحاجز الثانى للحاجز الأول باعتبار أن كلا منهما دائن حاجز ، فقبل القول بهذه المزاحمة يجب أن يكون كل من الحجزين قد وقع صحيحاً . وهنا قد وقع الحجز الثانى باطلا ، فلا محل للقول بالتزاحم بين حجز صحيح وحجز باطل . ويترتب على ذلك أنه يجب استبعاد الحاجز المتأخر إذا كانت الحوالة المتقدمة عليه حوالة بكل الحق ، ثم يقسم هذا الحق بين الحاجز المتقدم والمحال له قسمة غرماء ، كما فعلنا فى الحالة الثانية(٢) .

ولكن التقنين المدنى الجديد أراد أن يحتفظ بالحل الذى كان منصوصاً عليه فى تقنين المرافعات السابق (٣) ، توخياً لاستقرار التعامل فى مسألة حسم التردد والاضطراب فيها بنص تشريعى فى العهد السابق . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٤ مدنى على أن « الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر مايستكمل به المحال له قيمة الحوالة » .

فاذا فرضنا أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو تسعمائة ، وكان حق الحاجز المتقدم ثلثمائة ، وحق المحال له ستمائة أى أن المحال له حول بجزء

---

(١) وغنى عن البيان أن الحوالة إذا تأخرت عن الحجز الثانى ، فتزاحم الدائن الحاجز الأول والدائن الحاجز الثانى والمحال له بهذا الترتيب ، اعتبرت الحوالة بمثابة حجز ثالث ، وقسم الحق المحجوز على الجميع قسمة غرماء .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠ ص ٥٢٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٧٢٩ — وقارن بودرى وسينيا فقرة ٨٦٠ ص ٨٩١ — ص ٨٩٢ .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٧ — ص ٥٤٨ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٤ .

من الحق ، وحق الحاجز المتأخر ثلثمائة ، فاننا أولا نقسم الحق وقيمته تسعمائة بين الثلاثة قسمة غرماء . فينال الحاجز المتقدم ٢٢٥ ، والمحال له ٤٥٠ ، والحاجز المتأخر ٢٢٥ ، ثم تستكمل حصة المحال له إلى ٦٠٠ من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى قيمة الحوالة كلها ، فتنزل حصة الحاجز المتأخر إلى ٧٥. وتكون حصص الثلاثة نهائياً على الوجه الآتى : للحاجز المتقدم ٢٢٥ ، وللمحال له ٦٠٠ ، وللحاجز المتأخر ٧٥ .

والعلة فى هذا الحكم المنصوص عليه أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم إذ لا محل لتفضيل أحدهما على الآخر ، وأراد فى الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفى المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجُب الحجز المتأخر ، فأدى تطبيق هاتين الفكرتين معاً — مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم وجُب الحوالة المتقدمة للحجز المتأخر — إلى هذا الحل التشريعى . والخطأ فى هذا الحل واضح ، فقد كان ينبغى ألا يزاحم الحاجز المتأخر وحجزه باطل الحاجز المتقدم وحجزه وحده هو الصحيح ، وكان الواجب أن المحال له وحده هو الذى يزاحم الحاجز المتقدم(١) .

---

(١) ولا يقال إن هذا الحل التشريعى يستقيم إذا كانت الحوالة بكل الحق ، فتجُب الحوالة الحجز المتأخر ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً . فلا يزال الحاجز المتأخر — وحجزه باطل — يزاحم الحاجز المتقدم . وهذه المزاحمة غير الحقة من شأنها أن تنقص حصة الحاجز المتقدم من جهة ، وأن تزيد فى حصة المحال له من جهة أخرى . ففى المثل الذى أوردناه ، لو كانت الحوالة بكل الحق أى بتسعمائة ، فان حصة الحاجز المتقدم على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة تكون ١٨٠. وتحدد حصة كل من المحال له والحاجز المتأخر مبدئياً على أساس هذا التزاحم ، فتكون حصة المحال له ٥٤٠ ، وحصة الحاجز المتأخر ١٨٠ . ثم تستكمل حصة المحال له من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى المحال له قيمة الحوالة ، فيستغرق ذلك حصة الحاجز المتأخر كلها دون أن يصل المحال له إلى استيفاء كل القيمة ، وتصبح حصة المحال له نهائياً ٧٢٠ ، ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً . هذا هو الحل التشريعى ، وهو لا يزال متحيفاً للحاجز المتقدم ومحابياً للمحال له ، إذ ينبغى بعد استبعاد الحاجز المتأخر لبطلان حجزه ، ألا يزاحم الحاجز المتقدم غير المحال له . فيأخذ الحاجز المتقدم ٢٢٥ بدلا من ١٨٠ ، ويأخذ المحال له ٦٧٥ بدلا من ٧٢٠ .

وإذا كان ينبغى ألا يضار المحال له بالحجز المتأخر وهو حجز باطل ، فلا يزاحمه مع الحاجز المتقدم الحاجز المتأخر لتنزل حصته إلى ٥٤٠ ، فإنه ينبغى أيضاً ألا يحابى المحال له بسبب هذا الحجز الباطل ، فيزاحم الحاجز المتأخر الحاجز المتقدم وينقص من حصته ما يضيفه إلى المحال له فترتفع هذه الحصة إلى ٧٢٠ . فالمحال له إذا نزلت حصته إلى ٥٤٠ يكون قد خسر دون حق —

ومهما يكن من أمر ، فان هذا الحل التشريعي أقل عيباً من حل آخر ساد الفقه والقضاء فى فرنسا(١) ، ويقضى بأن الحاجز المتقدم يزاحمه كل من المحال له والحاجز المتأخر كما فى الحل الأول . ثم تحدد حصة المحال له على أساس ألا يزاحمه إلا الحاجز المتقدم إذ الحجز المتأخر لايزاحم الحوالة المتقدمة ، وما يتبقى بعد ذلك يأخذه الحاجز المتأخر . فلو أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو تسعمائة حوله كله إلى محال له ، وتقدم الحوالة حجز بثلثمائة ، وتأخر عنها حجز بثلثمائة أخرى ، فان حصة الحاجز المتقدم تحدد على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة ، فتكون ١٨٠ . ثم تحدد حصة المحال له على أساس تزاحمه مع الحاجز المتقدم وحده ، فتكون ٦٧٥ . ومايتبقى بعد ذلك يعطى للحاجز المتأخر ، فتكون حصته ٤٥(٢) . ويجمع هذا الحل بين عيب الحل الأول بجعله الحجز المتأخر وهو باطل

= بسبب حجز باطل ، وإذا ارتفعت حصته إلى ٧٢٠ يكون قد كسب دون حق بسبب هذا الحجز الباطل . والواجب هو ألا يخسر ولا يكسب ، فتكون حصته ٦٧٥ ، لا تنزل إلى ٥٤٠ ، ولا ترتفع إلى ٧٢٠ .

(١) هيك ٢ فقرة ٤٠١ — بودرى وسينيا فقرة ٨٦١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٣٢ ص ٤٣٠ — ص ٤٣١ — وانظر القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠ . ولم يتضمن التشريع الفرنسى حلا تشريعياً لهذه المسألة ، كما تضمن التشريع المصرى .

(٢) وقد يتفق هذا الحل مع الحل الأول فى النتائج النهائية ، إذا كان المحال له قد حول بجزء من الحق يستطيع أن يستوفيه بالرغم من مزاحمة الحاجز المتقدم له ، كما هو الأمر فى المثل الذى فرضناه فى إيضاح الحل الأول . وقد جاء فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى : « ويمكن أن نصور فرضاً يتفق فيه الحلان – الحل المأخوذ به فى فرنسا والحل الذى أخذ به المشرع المصرى – فى النتيجة العملية على ما بينهما من خلاف ، ويكفى فى ذلك أن نجعل المحال له يستوفى كل حقه دون حاجة إلى أن يستكمل هذا الحق من نصيب الحاجز الثانى ، فيكون نصيب المحال له واحداً فى الحلين ، ولما كان نصيب الحاجز الأول واحداً فى الحلين أيضاً ، فيتحد نصيب الحاجز الثانى كذلك . ونوضح ذلك بمثال : نجعل فى ذمة المدين ستمائة ، ونوقع حجزاً أولا بمبلغ ثلثمائة ، ثم حوالة بمبلغ ثلثمائة ، ثم حجزاً ثانياً بمبلغ ثلثمائة ، فالحل الفرنسى يقضى بأن المحال له يزاحِم ولا يزاحَم ، فيأخذ كل حقه وهو ثلثمائة ، ثم يأخذ الحاجز الأول مائتين على اعتبار أن الثلاثة قسموا المبلغ فيما بينهم قسمة الغرماء ، ويأخذ الحاجز الثانى الباقى وهو مائة . وهذه هى النتيجة التى يؤدى إليها الحل المصرى ، فهو يقضى باعطاء الحاجز الأول مائتين على اعتبار قسمة الغرماء ، ثم يكمل المائتين اللتين نصيبان المحال له من قسمة الغرماء حتى يستوفى كل حقه فيأخذ ثلثمائة ، ويأخذ الحاجز الثانى الباقى وهو مائة . هذا ويلاحظ أن المثال المتقدم هو الذى ينطبق على حرفية المادتين ٤٩٥/٤٣٣ من قانون المرافعات ، وقد جاء فيهما : ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له عند المحجوز لديه ، فكأن المشرع المصرى أراد الوصول إلى النتيجة العملية [illegible] حوذ بها فى فرنسا ولكن من طريق آخر » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٨ هامش ر [illegible])

يزاحم الحجز المتقدم وهو وحده الحجز الصحيح ، وبين عيب آخر إذ يجعل للحجز المتأخر حصة مع الحوالة المتقدمة وينبغى ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً حتى يستوفى المحال له كل حوالته(١) .

(١) وهناك حلول فقهية أخرى كثيرة لهذه المسألة المعروفة ، نذكر منها ما يأتى :

١ — نفرض أن الحق المحال به هو ٣٠٠ ، وقد توسطت الحوالة حجزين قيمة كل منهما ١٥٠ . فيقسم الحق المحال به بين الحاجز الأول والمحال له قسمة غرماء ، فيصيب الأول ١٠٠ ، ويصيب الثانى ٢٠٠ . ثم يقسم ما يصيب الحاجز الأول — وهو ١٠٠ — بينه وبين الحاجز الثانى قسمة غرماء ، فيصيب كلا منهما ٥٠ . وعيب هذا الحل أنه يحمل الحاجز الأول مسئولية تأخر الحاجز الثانى فى الحجز ، ولا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .

٢ — يقسم المبلغ قسمة أولى ، كما فى الحل الأول ، بين الحاجز الأول والمحال له ، فيصيب الأول ١٠٠ ، ويصيب الثانى ٢٠٠ . ثم يقسم ، كما فى الحل الأول أيضاً ، ما يصيب الحاجز الأول — وهو ١٠٠ — بينه وبين الحاجز الثانى فيصيب كلا منهما ٥٠ . ثم يرجع الحاجز الأول على المحال له بالخمسين التى نقصته من جراء مزاحمة الحاجز الثانى له ، فتكون الأنصبة فى النهاية : ١٠٠ للحاجز الأول و ١٥٠ للمحال له و ٥٠ للحاجز الثانى . وعيب هذا الحل أنه يحمل المحال له مسئولية تأخر الحاجز الثانى فى الحجز ، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .

٣ — يقسم المبلغ بين الثلاثة جميعاً قسمة غرماء ، فيصيب الحاجز الأول ٧٥ ، ويصيب المحال له ١٥٠ ، ويصيب الحاجز الثانى ٧٥ . وعيب هذا الحل أنه يجعل الحجز الثانى الباطل يزاحم الحجز الأول الصحيح ، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .

(انظر فى هذه الحلول المختلفة : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٨ هامش رقم ٤٤ — بودرى وسينيا فقرة ٨٥٩ — فقرة ٨٦١ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٧١٣ — فقرة ٧١٨ — الأستاذ أحمد نجيب الهلالى فى البيع فقرة ٦٤٩ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧) .

الباب الثانى

حوالة الدين (*)

(Cession de dette)

٣٠٦ – أطراف حوالة الدين : فى حوالة الدين ، يتفق المدين مع أجنبى على أن يتحمل عنه الدين الذى فى ذمته للدائن ، فيحل الأجنبى محل المدين فى هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وضماناته ودفوعه . وقد رأينا فى حوالة الحق أن الدائن هو الذى يتفق مع أجنبى على أن يحول له الحق الذى فى ذمة المدين ، فيحل الأجنبى محل الدائن فى هذا الحق نفسه .

وفى حوالة الدين يسمى المدين محيلا (cédant) ، لأنه يحيل على الأجنبى الدين الذى فى ذمته. أما المحيل فى حوالة الحق فهو الدائن .

(*) مراجع : سالى فى نظرية الالتزام فى مشروع التقنين المدنى الألمانى (فقرات ٨١ و ١٠٥ وما بعدها) — سالى فى حوالة الدين (مقال فى حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٠) — التقنين المدنى الألمانى مع التعليقات الجزء الأول ص ٥٩٨ — ص ٦٢٣ — جودميه (Gaudemet) بحث فى حوالة الدين كاستخلاف خاص رسالة من ديجون سنة ١٨٩٨ — بنريه (Benrey) فى حوالة الدين رسالة من جنيف سنة ١٩١٠ — الأستاذان شيرون (Chéron) ومحمد صادق فهمى فى حوالة الدين فى التشريعات الأوروبية وفى الشريعة الإسلامية (مقال فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٣٧ — ص ٦٦ و ص ١٣٧ — ص ١٩٠) — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤١ وما بعدها — دى باج ٣ فقرة ٣٨٤ — فقرة ٣٨٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٢ — فقرة ١٣١٦ — كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ٦٤٢ — فقرة ٦٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٨٢٧ — فقرة ٨٣١ — أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Cession de dette .

الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٦٨ — ص ٢٨٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٢ — فقرة ٢٣٩ (ص ٣٢٣ — ص ٣٢٩) — الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٨ فقرة ٥٣٢ (ص ٥٤٩ — ص ٥٥١) — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٤٠ — فقرة ٧٤٢ (ص ٥٦٠ — ص ٥٦٣) .

ويسمى الأجنبي محالا عليه (cessionnaire) ، لأن المدين أحال عليه الدين. والمحال عليه فى حوالة الحق هو المدين .

ويسمى الدائن محالا (cédé) ، لأن المدين أحاله على الأجنبي . والمحال — أو المحال له — فى حوالة الحق هو الأجنبي .

على أن التقنين المدنى لم يستعمل من هذه المصطلحات فى حوالة الدين إلا المصطلح الخاص بالأجنبي الذى يتحمل الدين عن المدين الأصلى ، فأسماه المحال عليه . واستبقى لكل من الدائن والمدين الأصلى اسميهما . فأطراف الحوالة إذن هم المدين الأصلى والمحال عليه والدائن . وسنتابع التقنين فيما فعل ، حتى لا ننحرف عن نصوصه .

ويصح أن تتم حوالة المدين — بل هذا هو الأصل فيها — باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ، فيتفق الدائن مع أجنبي على أن يتحمل هذا الأجنبي الدين عن المدين الأصلى ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضاه . وسنعود إلى كل ذلك فيما يلى :

٣٠٧ — الأغراض المختلفة التى تفى بها حوالة الدين : ولحوالة الدين ، كما لحوالة الحق ، أغراض مختلفة تفى بها . ونذكر من هذه الأغراض ما يأتى :

(١) يحدث كثيراً أن شخصاً يكون طرفاً فى عقد ملزم للجانبين ، إيجار أو وكالة أو مقاولة أو عقد أو توريد أو غير ذلك ، ويكون فى حاجة إلى أن ينزل إلى الغير عن هذا العقد بما أكسبه من حقوق وما رتب فى ذمته من التزامات . يريد المؤجر مثلا أن ينزل عن عقد الإيجار ، بعد أن باع العين المؤجرة ، إلى المشترى ، فيقتضيه الأمر أن ينزل للمشترى عن حقوقه وعن التزاماته الناشئة من عقد الإيجار . يتفق الوكيل مع آخر على أن يقوم بعقد الوكالة نيابة عنه ، فيقتضيه الأمر أن ينزل له عن حقوقه والتزاماته الناشئة من عقد الوكالة . وكذلك يريد المقاول أن ينزل عن عقد المقاولة لمقاول من الباطن بما له من حقوق وما عليه من التزامات . والمتعهد بالتوريد ينزل إلى مورد من الباطن عن عقد التوريد بما أنشأه من حقوق والتزامات . فى جميع هذه الفروض يتيسر النزول عن الحقوق عن طريق حوالة الحق . وينبغى أن يتيسر

أيضاً النزول عن الالتزامات عن طريق حوالة الدين . فاذا لم يفتح باب حوالة الدين للوفاء بهذا الغرض ، كان هذا حجر عثرة فى طريق ماتقتضيه حاجات التعامل من مرونة(١) .

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن تنتقل عين من شخص إلى آخر ويتصل بالعين التزام يجب أن ينتقل معها وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة ، كما فى المنزل المؤمن عليه من الحريق ينتقل من البائع إلى المشترى وتنتقل معه التزامات البائع نحو شركة التأمين . فيجب إذن أن تكون حوالة الدين مباحة منظمة حتى تيسر الوفاء بهذا الغرض .

(٣) وقد تتصل الالتزامات بمجموع من المال، كمتجر أو حصة فى إرث، فانتقال هذا المجموع من المال من شخص إلى آخر يقتضى أن تنتقل الالتزامات ، كما تنتقل الحقوق ، من المالك الأصلى إلى المالك الجديد . ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين ، فيجب أن تباح هذه الحوالة وأن تنظم (٢) .

(٤) وقد يتصل التزام بالعين أوثق الاتصال ، فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل هذا الالتزام مع العين ، لا وفقاً لقواعد الخلف الخاص إذ هى ليست منطبقة ، بل مطاوعة لاعتبارات عملية . والمثل البارز لذلك هو بيع العين المرهونة ، فاذا كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً ، وباعه صاحبه ، فان العقار ينتقل إلى المشترى مثقلا بحق الرهن ، ويصبح المشترى مسئولا مسئولية عينية عن الدين المضمون بالرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن هذا الدين الذى لم ينتقل إليه . ويبقى بائع العقار هو المسئول شخصياً عن الدين ، مع أن العقار الضامن لهذا الدين قد خرج من ملكه . فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل الدين أيضاً مع العقار المرهون من البائع إلى المشترى ، ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين . وقد أفرد التقنين المدنى الجديد نصاً خاصاً ، هو المادة ٣٢٢ مدنى ، لهذه المسألة لأهميتها العملية .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة — دى باج ٣ فقرة ٣٨٨ .

(٢) دى باج ٣ فقرة ٣٨٨ ص ٣٦٠ .

(٥) وقد يقع أخيراً أن المدين لا يجد عنده مالا يفي بدينه ، ويكون لدائنه دائن . فيتفق مع دائنه على أن يحل محله في الدين الذي في ذمته لدائن الدائن ، ويكون هذا الحلول بمثابة وفاء لدينه هو نحو دائنه . ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين . فاذا فرض مثلا أن (ا) مدين بمائتين للدائن (ب) أخذها منه قرضاً ، وأن (ب) مدين بمائتين هو أيضا للدائن (ج) التزم بها ثمناً لمبيع اشتراه منه ، فان (ا) يستطيع أن يتحمل ، عن طريق حوالة الدين ، بالدين الذي للدائن (ج) على (ب) ، وفاء للدين الذي في ذمته لدائنه (ب) . وقد يقال إن (ب) يستطيع أن يحول حقه قبل (ا) إلى دائنه (ج) ، فيصل عن طريق حوالة الحق إلى ما يريد أن يصل إليه عن طريق حوالة الدين . ولكن حوالة الحق ، في هذا المثال، غير حوالة الدين . فان (ج) قد لا يرضى بتحويل مبلغ القرض إليه وفاء بثمن المبيع ، ويرضى بأن يحل (ا) محل (ب) مديناً بثمن المبيع ، إذ يحتفظ عن طريق حوالة الدين بامتياز البائع ولا يحتفظ بهذا الامتياز عن طريق حوالة الحق (١) .

٣٠٨ — حوالة الدين نظام استحدثه التقنين المدني الجديد — النظم الأخرى التي كانت تقوم مقامه : ولم يكن التقنين المدني السابق ، كما قدمنا ، يعرف حوالة الدين ، وكان لا يعرف إلا حوالة الحق ، شأنه في ذلك شأن التقنينات اللاتينية القديمة كالتقنين المدني الفرنسي .

وكان التقنين السابق ، كالتقنين الفرنسي ، يسد هذا النقص عن طريق التجديد بتغيير المدين ، وعن طريق الإنابة في الوفاء ، وعن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن هذه الطرق ليس فيها غناء عن حوالة الدين ، فقد بينا الفروق الجوهرية ما بين حوالة الدين من جهة والتجديد بتغيير المدين (٢) والإنابة في الوفاء (٣) من جهة أخرى . أما الاشتراط لمصلحة الغير ، فبينه

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٤ — وانظر في أن حوالة الدين تهدر شخص المدين ولا تعتد إلا بالقيمة المادية للالتزام كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٤٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٤٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٤٣ .

هو أيضاً وبين حوالة الدين فروق جوهرية . وذلك أن المدين إذا اشترط على شخص آخر أن يفي بدينه للدائن ، فيكسب الدائن من وراء هذا الاشتراط حقاً مباشراً قبل المتعهد أن يوفى له الدين ، فلا يزال المدين الأصلي ملزماً هو أيضاً بالدين ولم تبرأ ذمته منه ، بل انضم إليه مدين جديد بموجب الاشتراط لمصلحة الدائن . هذا إلى أن الدين نفسه ، بصفاته وضماناته ودفوعه، لم ينتقل من مدين إلى مدين ، بل وجد إلى جانب الدين الأصلي دين جديد بصفات وضمانات ودفوع مستقلة (١) .

وفيما عدا حالات خاصة نص عليها ، كحلول المشترى للعين المؤجرة محل المؤجر في التزاماته نحو المستأجر وكحلول المتنازل عن الإيجار محل المستأجر (٢) ، أو قامت بها نظريات فقهية كحلول الخلف الخاص محل السلف في الالتزامات

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٥ — دى باج ٣ فقرة ٣٨٧ ص ٣٥٨ — الأستاذ عبد الحي حجازى ٣ ص ٢٧١ — ص ٢٧٣ — وقد جاء في الموجز في هذا المعنى ما يأتي : « ... فيتولد من هذا الاشتراط حق مباشر للدائن قبل المدين الجديد ، وبذلك يتحقق غرض من الغرضين اللذين تحققهما حوالة المدين . أما الغرض الآخر ، وهو براءة ذمة المدين القديم ، فلا يتحقق من وراء الاشتراط لمصلحة الدائن ، لأن المدين القديم يبقى ملتزماً قبل الدائن ما لم يبرئه الدائن باتفاق آخر . على أن الغرض الأول ، وهو التزام المدين الجديد مباشرة نحو الدائن ، لا يتحقق في الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذى يتحقق به في حوالة الدين . وذلك لأن حوالة الدين تنقل إلى ذمة المدين الجديد نفس الدين الذى كان في ذمة المدين القديم بتأميناته ودفوعه كما قدمنا . أما الاشتراط لمصلحة الغير فيوجد في ذمة المدين الجديد ديناً جديداً مستقلا عن الدين القديم في التأمينات والدفوع » (الموجز للمؤلف فقرة ٣٠ د) .

والحالات العملية التي كان الاشتراط لمصلحة الغير يستخدم فيها ليقوم مقام حوالة الدين كثيرة . منها حلول شركة محل أخرى عند التصفية ، فتصبح الشركة الأولى ملزمة نحو دائنى الشركة الأخرى بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، ولهؤلاء أن يرجعوا مباشرة على الشركة الأولى . وكذلك الأمر عندما تحل شركة تأمين محل شركة تأمين أخرى . فيرجع المؤمن لهم عند الشركة الأخرى مباشرة على شركة التأمين الأولى . وبيع المتجر يجعل دائنيه ، بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، يرجعون مباشرة على مشتريه . وبيع العقار المرهون في دين يجعل الدائن المرتهن ، بفضل الاشتراط لمصلحته ، يرجع مباشرة بدين شخصى ، لا بالرهن فحسب ، على مشترى العقار (انظر في ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٦) .

(٢) انظر المادة ٣٨٩/٤٧٤ مدنى سابق فيما يتعلق بحلول المشترى محل المؤجر ، والمادة ٣٦٨/٤٥١ مدنى سابق فيما يتعلق بحلول المتنازل له عن الإيجار محل المستأجر .

المتعلقة بالعين التى انتقلت إليه(١)، فان طريق حوالة الدين كان مسدوداً . وقد حاول كثير من الفقهاء فى فرنسا أن يفتحوا هذا الطريق ، بالرغم من سكوت التشريع ، متوسلين فى ذلك بمبدأ سلطان الإرادة ، فيجوز لذوى الشأن أن يتفقوا على حوالة الدين ويكون اتفاقهم ملزماً منتجاً لآثاره ما دام لا يخالف النظام العام أو الآداب(٢) ، ولكن محاولاتهم لم تحقق الغرض المنشود .

لذلك كان تنظيم التقنين المدنى المصرى الجديد لحوالة الدين تنظيما تشريعياً خطوة موفقة سدت ثغرة كان من الضرورى سدها من الناحية العملية . وقد استمد التقنين الجديد قواعد هذا التنظيم من التقنينات الجرمانية(٣) ومن الفقه

---

(١) وقد قرر التقنين المدنى الجديد هذا الحكم فى نص تشريعى هو المادة ١٤٦ .

(٢) وقد ذهب بودرى وبارد إلى إمكان الاتفاق على حوالة الدين فى القانون الفرنسى ، فإن هذا القانون إذا كان لم ينظم حوالة الدين ، فهو محكم مبدأ سلطان الإرادة لم يقفل الباب دونها . ولا ينبغى أن يحول التقنين دون تطور النظم القانونية واستكمال ما يكون ناقصاً فى التقنين ، وهذا هو عمل الفقه . ثم بوردان مثل التقنين المدنى النمساوى ، فإن هذا التقنين ، كالتقنين المدنى الفرنسى ، لم ينظم حوالة الدين . ومع ذلك لم يمنع سكوته عن هذا التنظيم من أن تكون حوالة الدين معمولا بها فى النمسا بالقدر الذى أقره التقنين المدنى الألمانى ذاته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٦ ص ٩٣ — ص ٩٤) . ويشير جوسران إلى كثير من النظم التى أدخلها العمل فى القانون قبل أن يتولى المشرع تنظيمها ، كعقود التأمين والمؤسسات وعقد النشر . فلا شىء يمنع إذن من إدخال نظام حوالة الدين ، أسوة بهذه النظم (جوسران ٢ فقرة ٨٣٠ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠ — وفقرة ٨٣١) . أنظر أيضا فى هذا المعنى : سالى فى الالتزامات فقرة ٨٣ — وفى حوالة الدين ص ٣٩ — جوديميه ص ٣٠٤ و ص ٥٣٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ — دى باج ٣ فقرة ٣٨٦ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de dette فقرة ٤٣ — فقرة ٤٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٣٠ ص ٥٥١ .

على أنه قد لا يتيسر فى بعض الحالات أن ينتقل ، بمجرد الاتفاق ودون حكم القانون ، الدين بصفة لصيقة به من المدين الأصلى إلى مدين جديد . فالدين التجارى يصعب نقله بصفته التجارية إلى المدين الجديد ليكون من اختصاص القضاء التجارى ، فإن الاختصاص النوعى يعتبر من النظام العام (أنظر فى هذا المعنى الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى المقال المنشور بمجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٣٨) . كذلك إذا كان هناك حكم صادر ضد المدين الأصلى ، فإنه يصعب ، فى نقل الدين إلى المدين الجديد ، أن ينتقل معه الحكم ليكون نافذاً ضد هذا المدين الأخير .

(٣) رأينا فيما قدمناه (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩) أن التقنينات الجرمانية هى التى سارت فى تطور الحوالة إلى نهاية الطريق ، فأقرت حوالة الدين إقرارها لحوالة الحق . وكان القانون =

= الرومانى – ولم يكن يقر كما رأينا انتقال الالتزام من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين – هو العقبة التى أعاقت وقتاً طويلا المضى فى هذا التطور ، سواء فى البلاد اللاتينية أو فى البلاد الجرمانية . وكان التطور قد بلغ فى البلاد اللاتينية حد إقرار حوالة الحق دون حوالة الدين . ثم ظهر التقنين المدنى الفرنسى فوقف من هذا التطور ، إذ نظم حوالة الحق دون أن ينظم حوالة الدين . وبقيت التقنينات اللاتينية التى اقتبست من التقنين المدنى الفرنسى ، ومعها التقنين المدنى المصرى السابق ، يشوبها هذا النقص ، فهى مثله تنظم حوالة الحق دون حوالة الدين . أما فى ألمانيا – ولم يظهر التقنين المدنى الألمانى إلا فى آخر القرن التاسع عشر ومستهل القرن العشرين – فقد استمرت حركة التطور طوال القرن التاسع عشر . وإذا كان قد قاومها فى بداية الأمر الفقهاء الألمان الذين يشايعون القانون الرومانى ، من أمثال ميلها نبريك (Mulhenbrich) وسافينى ، فإنها ما لبثت ، منذ النصف الثانى من القرن التاسع عشر ، أن تغلبت على هذه العقبة التى أقامتها مبادىء القانون الرومانى دون إقرار حوالة الدين . وقد تعاقب على هذا العمل الفقهى عدة من الفقهاء الألمان المعروفين :

فبدأ دلبريك (Delbrûch) ، الأستاذ بجامعة برلين ، بنشر كتاب فى سنة ١٨٥٣ حاول فيه أن يوفق بين الفكرة الرومانية وإمكان الحوالة . فيز بين الالتزام ، حقاً كان أو ديناً ، وهو رابطة شخصية لا يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر وهذا ما عناه القانون الرومانى ، وبين ما ينتج عن الالتزام من قيم مادية (produits économiques) ، فهذه من ناحيتيها الإيجابية والسلبية يمكن أن تنتقل من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى . وقد أحدثت نظرية دلبريك حركة فقهية قوية فى ألمانيا ، واعترض الفقهاء على التمييز الذى يقول به فلا فرق بين الالتزام وبين قيمته المادية ، ولكنهم انقسموا فيما إذا كان الالتزام قابلا للانتقال أو غير قابل ، وإذا كان قابلا فبأى أداة ينتقل .

وجاء كينتز (Kuntze) بعد دلبريك ، ولكنه ظل أميناً على تقاليد القانون الرومانى . فلم يجز نقل الدين ، ولكنه سلم بأن الدائن يستطيع أن يوجد مديناً آخر إلى جانب مدينه الأول كما فى الإنابة ، أو يقضى الدين الأول ويحل محله ديناً جديداً كما فى التجديد .

ثم لجأ بير (Bähr) إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ففى الاتفاق ما بين المدين الأصلى والمحال عليه يشترط الأول على الثانى لمصلحة الدائن أن يؤدى له الدين ، فينشأ للدائن من هذا الاشتراط حق مباشر فى ذمة المحال عليه ، ولكن يبقى المدين الأصلى بالإضافة إلى المحال عليه ملتزماً نحو الدائن .

وذهب فقهاء ثلاثة —— سالبيس (Salpius) وجاريس (Gareis) ومنزل (Menzel) —— إلى أن القانون الرومانى لا يستعصى على حوالة الدين ، وتصوروا هذه الحوالة على النحو الآتى : يقدم المدين الأصلى والمحال عليه إيجاباً مشتركاً إلى الدائن ، فإن قبله الدائن أصبح المحال عليه هو المدين مكان المدين الأصلى، وورثت ذمة المدين الأصلى . على أن أول هؤلاء الفقهاء – سالبيس – يجعل الحوالة تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

أما وندشايد (Windcheid) فقد عارض القانون الرومانى صراحة ، وقال إن الالتزام قد تطور منذ عهد الرومان ، وأصبح المعتبر فيه هو القيمة المادية لا الرابطة الشخصية ، وبذلك تقضى التقاليد الجرمانية مناقضة فى ذلك التقاليد الرومانية . ومن ثم يجوز أن ينتقل الالتزام ، باعتباره قيمة مادية، من ذمة مدين إلى ذمة مدين آخر باتفاق بين المدينين . ولما كان المحال عليه =

الإسلامى(١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « استحدث المشروع فى هذا الفصل نظاماً جديداً هو نظام حوالة الدين . ويراعى أن هذا النظام إسلامى بحت ، وإن كان له نظير فى التشريعات الجرمانية . وغنى عن البيان أن نفعه من الناحية العملية يقتضى إقراره فى نطاق التشريع(٢) » .

٣٠٩ — أركان حوالة الدين والآثار التى تترتب عليها :ونبحث فى حوالة الدين، كما بحثنا فى حوالة الحق، أركان الحوالة والآثار التى تترتب عليها.

= إنما يتصرف فى مال مملوك للغير — أى للدائن — فقد وجب أن يقر الدائن هذا التصرف ، فإذا ما أقره أصبح سارياً فى حقه بأثر رجعى من وقت اتفاق المدينين لا من وقت إقراره .

وظهر التقنين المدنى الألمانى فى أعقاب هذه الحركة الفقهية ، فأقر حوالة الدين إقراره لحوالة الحق كما قدمنا ، وصاغ لها الأداة الفنية اللازمة . وقد أخذ بنظرية وندشايد ونظرية دلبريك فى صورة الحوالة التى تتم باتفاق ما بين المدين الأصلى والمحال عليه ، وبنظرية ساليبس فى صورة الحوالة التى تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

(أنظر فى كل ذلك : التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٤١٤ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ — ص ٨٣ – ص ٨٦ — مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٤٣ — ص ٥١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٥ .

هذا ويعرف التقنين المدنى الألمانى طرقاً خمسة لإحلال مدين جديد محل مدين قديم أو لإقامة مدين آخر إلى جانب المدين الأول . (١) الإنابة وفيها يقوم مدين آخر إلى جانب المدين الأول . (٢) التعهد بالوفاء ، وفيه يتعهد شخص للمدين الأصلى أن يؤدى الدين عنه للدائن ، ويقتصر أثر هذا التعهد على العلاقة فيما بين الاثنين ، لا يجاوزها إلى الدائن . (٣) التعهد بالوفاء مع الاشتراط لمصلحة الدائن ، ويزيد على سابقه بأن يكون هناك اشتراط لمصلحة الدائن ، فينشىء التعهد حقاً مباشراً للدائن يستطيع بموجبه أن يرجع مباشرة على المتعهد . (٤) حوالة الدين باتفاق يتم بين الدائن والمحال عليه . (٥) حوالة الدين باتفاق يتم بين المدين الأصلى والمحال عليه ، ويتوقف نفاذه فى حق الدائن على إقراره . أنظر فى ذلك التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٤١٤ ص ٦٠٠ — ص ٦٠٢ .

(١) أنظر فى الفقه الإسلامى ما قدمناه آنفاً فقرة ٢٤٠ — وقد رأينا أن الفقه الإسلامى لا يسلم بحوالة الدين بمعناها الدقيق ، خلافاً لما يقال عادة ، ولا يسلم بحوالة الحق إلا فى المذهب المالكى وفى حدود معينة . على أن الفقه الاسلامى ، فى قواعده التفصيلية ، يصلح للاقتباس منه فى بعض أحكام حوالة الدين . وقد أمكن تحويره فى التقنين المدنى العراقى ، فأقر هذا التقنين حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى التقنينات الجرمانية .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ .

الفصل الأول

أركان حوالة الدين

٣١٠ – أركان حوالة الدين هي أركان الاتفاق بوجه عام :
حوالة الدين اتفاق بين طرفين على تحويل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة مدين جديد يحل محله . فأركان هذه الحوالة ، كأركان حوالة الحق ، هي أركان أي اتفاق (convention) يتم بين طرفين . ومن ثم تكون هذه الأركان هي التراضي والمحل والسبب .

ولا بد أن يصدر التراضي من ذي أهلية ، خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال .

كذلك يجب أن تتوافر في المحل شرائطه العامة ، ومحل حوالة الدين هو الدين الذي يحول من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد . وترد حوالة الدين على جميع الديون ، لا فرق في ذلك بين ما يكون منها مؤجلا أو معلقاً على شرط أو مستقبلا . وهي تنعقد صحيحة في الدين المستقبل ، ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين(1) .

والسبب في حوالة الدين هو الباعث الذي دفع إلى عقدها ، ويختلف باختلاف الأغراض المتنوعة التي تفي حوالة الدين بها ، وقد سبق بيان ذلك . وفي القوانين الجرمانية تعتبر حوالة الدين ، كحوالة الحق ، مصدراً لالتزام مجرد .

---

(1) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ .
وتوجد حالات يكون فيها الدين غير قابل للحوالة . ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٧٢١ مدني من إنه « ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة » . كذلك المدين في عقد روعيت فيه شخصيته ، كالمزارعة وشركة الأشخاص ، لا تجوز له حوالة دينه بغير رضاء الدائن.

فنحيل فى كل ذلك إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد. ونكتفى هنا ببحث الصورتين اللتين تتم فى أحداهما حوالة الدين :

الصورة الأولى : اتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، ويقر الدائن هذا الاتفاق ليكون نافذاً فى حقه .

والصورة الثانية : اتفاق بين الدائن والمحال عليه ، دون تدخل المدين الأصلى بل ودون حاجة إلى رضائه. وهذه الصورة أكثر تمشياً مع إرادة الدائن ، إذ الدائن فيها يتدخل مباشرة لإبرام الحوالة ، ولا يقتصر على إقرارها كما فى الصورة الأولى .

الفرع الاول

اتفاق المدين الأصلى والمحال عليه

٣١١ — انعقاد حوالة الدين ونفاذها فى حق الدائن : فى الصورة التى تتم فيها حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه يجب التمييز بين أمرين : (١) انعقاد الحوالة ، وتنعقد بمجرد الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه . (٢) ونفاذها فى حق الدائن ، ولا تنفذ فى حقه إلا إذا أقرها .

المبحث الأول

انعقاد حوالة الدين

٣١٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين »(١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدى كفقرة أولى تليها فقرة ثانية على الوجه الآتى : « لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها » . وفى =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، إذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٥ — وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٠٢ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣٣٩ و٣٤٠/١ و٣٤٢ — ٣٤٥ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٧/١و٢(١) .

= لجنة المراجعة نقلت هذه الفقرة الثانية لتكون الفقرة الأولى من المادة التالية« لأن هذا هو المكان المناسب » ، وأصبح نص المادة النهائى مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٣٢٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ — ص ١٣٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م٣١٥ (مطابقة للمادة ٣١٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٠٢ (مطابقة للمادة ٣١٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٩ : ١ — حوالة الدين هى نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . ٢ — وتكون مطلقة إذا أحال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه ، أو من العين التى له عنده وديعة أو مغصوبة ، أو أحال على شخص ليس له شيء عليه أو عنده . — ٣ وتكون مقيدة إذا أحال المدين بدينه من غريمه على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه ، أو من العين التى له عنده أمانة أو مغصوبة .

م ٣٤٠/١ : الحوالة التى تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له .

م ٣٤٢ : يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له ، وإلا فهى وكالة .

م ٣٤٣ : كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة ، بشرط أن يكون معلوماً .

م ٣٤٤ : تصح إحالة المستحق فى الوقف غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على متولى الوقف ، إذا كانت غلة الوقف متحصلة فى يده وقبل الحوالة ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن الغلة متحصلة فى يد المتولى .

م ٣٤٥ : قبول الأب أو الوصى الحوالة على الغير جائز إن كان فيه خير للصغير ، بأن يكون المحال عليه أملأ من المحيل ، وغير جائز إن كان متقارباً أو مساوياً له فى اليسار .

ونصوص التقنين العراقى مأخوذة بوجه عام من الفقه الإسلامى ، لا سيما المذهب الحنفى ، مع تعديل يجعل حوالة الدين فى التقنين العراقى حوالة دين بالمعنى المفهوم فى التقنينات الجرمانية ، إذ حوالة الدين فى المذهب الحنفى هى ، كما قدمنا ، أقرب إلى أن تكون صورة خاصة من الكفالة . وأول تعديل هام هو ما قررته الفقرة الأولى من المادة ٣٣٩ من أن حوالة الدين هى نقل الدين =

ويتبين من هذا النص أن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين والمحال عليه ، أى بين المدين الأصلى والمدين الجديد . أما رضاء الدائن فليس بضرورى لانعقاد الحوالة ، وإن كان ضرورياً لنفاذها فى حقه كما سنرى .

٣١٣ — انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه :

يكفى فى انعقاد حوالة الدين أن يتفق المدين الأصلى مع المدين الجديد وهو المحال عليه على نقل الدين من ذمة الأول إلى ذمة الثانى . وهذا الاتفاق ، ككل اتفاق آخر ، يقتضى وجود التراضى والمحل والسبب ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . والأهلية الواجبة فى المدين الأصلى هى أهلية التعاقد بوجه عام ، أما أهلية المحال عليه فهى أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة التى تقوم بينه وبين المدين الأصلى .

= والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وهذه مسألة مختلف فيها فى المذهب الحنفى ، ونقل الدين والمطالبة معاً هو الذى يلائم حوالة الدين بمعناها الصحيح . ثم إن انعقاد الحوالة موقوفة على قبول المحال له (م ٣٤٠/١ عراق) واشتراط أن يكون المحيل مديناً للمحال له (م ٣٤٢ عراق) يتفق مع أحكام التقنين المصرى . وما ورد غير ذلك من أحكام خاصة بالفقه الإسلامى ، من تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة (م ٣٣٩/٢ و ٣ عراق) ، ومن أن كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة (م ٣٤٣ عراق) ، فهى لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى . بقيت الإحالة عن متولى الوقف (م ٣٤٤ عراق) وقبول الولى أو الوصى الحوالة نائباً عن المحجور (م ٣٤٥ عراق) ، فهذه هى أحكام الفقه الإسلامى فى موضوعين لصيقين به — الوقف والولاية — ولا مانع من نقلهما عن هذا الفقه فى نصوص مأخوذة عنه فى مجموعها ، وهى على كل حال لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى : انظر الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٢٤ و فقرة ٢٢٧ — فقرة ٢٢٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٨٧/١و٢ : ١ — انتقال دين المديون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمديون . ٢ — وفى الحالة الثانية يبقى مفعول الاتفاق موقوفاً على إجازة الدائن ، ويستطيع المتعاقدان ، ما دامت الإجازة لم تعط — أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه .

ويبدو أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التعبير بأن مفعول الاتفاق يبقى موقوفاً على إجازة الدائن يتعارض مع إنتاج الاتفاق لآثار قانونية إذا لم يجزه الدائن (انظر الدكتور صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٤٢ — ص ٥٠ — وانظر ما يلى فقرة ٣٤٢ فى الهامش) .

ومتى تم الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فقد انعقدت الحوالة . وسنرى أن المحال عليه يصبح ملتزماً بهذا الاتفاق ، فلا يجوز له الرجوع فيه إلا باتفاق آخر بينه وبين المدين الأصلي ، بشرط أن يتم هذا الاتفاق الآخر قبل أن يقر الدائن الحوالة . وقد ورد هذا الحكم صراحة فى التقنين المدنى الألمانى ، إذ نصت المادة ٤١٥ من هذا التقنين على أنه « يجوز للطرفين تعديل الاتفاق أو إلغاؤه إلى حين إقرار الحوالة(١) » .

وسنرى أيضاً أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه على حوالة الدين يرتب فى ذمة المحال عليه التزامات شخصية نحو المدين الأصلي ، وهو فى الوقت ذاته ينقل الدين — فى العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه — من ذمة الأول إلى ذمة الثانى(٢) . أما نقل الدين بالنسبة إلى الدائن فلا يتم إلا باقرار الدائن للحوالة كما سيأتى .

وهذه آثار بعيدة المدى . ولم يكن الاتفاق على حوالة الدين ما بين المدين الأصلي والمحال عليه يصل إلى هذا الحد فى مبدأ تطور الحوالة فى القوانين الجرمانية . فقد كان هذا الاتفاق فى البداية أثره مقصور على تعهد من قبل المحال عليه للمدين الأصلي بأداء الدين للدائن ، فلم يكن يكسب الدائن أى حق .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٤٤٩ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « يجوز لطرفى الحوالة ، إلى أن يصدر إقرار الدائن ، أن يعدلا فيها أو أن يعدلا عنها » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه « مجرد تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ فى الهامش) .

(٢) وقد جاء فى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ينتج أثرين ، أحدهما شخصى والآخر عينى . فهو كاتفاق منشىء لروابط شخصية يرتب التزامات بين المدين الأصلي والمحال عليه تصل من المدى إلى ما يبلغه التعهد بتأدية الدين المنصوص عليه فى المادة ٣٢٩ من التقنين المدنى الألمانى ، وبخاصة يرتب التزاماً فى ذمة المحال عليه أن يؤدى الدين بدلا من المدين الأصلي ، فيضمن لهذا أية مطالبة يوجهها إليه الدائن ولكن دون أن يلتزم بالحصول على إبراء ذمة المدين الأصلي قبل حلول الدين . أما الأثر العينى فهو انتقال الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه . والاتفاق — من حيث أنه ناقل للدين لا من حيث أنه منشىء لالتزامات شخصية — هو عقد مجرد ، ويكون صحيحاً بقطع النظر عن سببه ، على غرار حوالة الحق تطبيقاً للمادة ٤١٣ من التقنين المدنى الألمانى (التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ ص ٦٠٦ — ص ٦٠٧) .

ثم تطور بعد ذلك ، فأصبح اتفاقاً يكسب الدائن حقاً فى أن يستوفى الدين من المحال عليه ، مع بقاء المدين الأصلى مديناً إلى جانب المحال عليه . وفى آخر مراحل التطور أصبح هذا الاتفاق ناقلا للدين فيما بين المدين الأصلى والمحال عليه ، فاذا ما أقره الدائن انتقل الدين أيضاً بالنسبة إلى هذا الأخير ولم يعد للدائن إلا مدين واحد هو المحال عليه وقد حل محل المدين الأصلى(١) .

٣١٤ — لا بد من تدخل الدائن على كل حال : على أن حوالة الدين ، وهى تحل مديناً جديداً محل المدن الأصلى ، لا يمكن تصورها دون

---

(١) وقد اقتفى التقنين المدنى المصرى الجديد أثر التقنين المدنى الألمانى فى هذا التصوير الفنى: أنظر المادة ٤١٥ من التقنين المدنى الألمانى .

أما فى تقنين الالتزامات السويسرى ، فحوالة الدين لا تتم إلا على مرحلتين : (المرحلة الأولى) يتم فيها اتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، يتعهد بموجبه هذا الأخير نحو المدين الأصلى بأن يتحمل بالدين ، إما بوفائه للدائن وإما بالاتفاق مع الدائن على أن يلتزم هو به نحوه . (والمرحلة الثانية) يقوم فيها المحال عليه بتنفيذ التزامه بموجب الاتفاق الأول ، فيعقد اتفاقاً آخر مع الدائن ، وهذا الاتفاق الآخر هو الذى ينقل الدين من ذمة المدين الأصلى إلى المحال عليه . ولا ينتقل الدين إلا من وقت تمام الاتفاق الثانى ، أما فى التقنينين الألمانى والمصرى فينتقل الدين من وقت الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه إذا أقر الدائن هذا الاتفاق لأن لإقراره أثراً رجعياً . ويترتب على ذلك أن المحال عليه ، فى تقنين الالتزامات السويسرى ، إذا فقد الأهلية بعد إتمامه الاتفاق الأول وقبل إبرامه الاتفاق الثانى ، لا يستطيع أن يعقد الاتفاق الثانى ، فإن الدين لا ينتقل ، ولكن يبقى الاتفاق الأول ملزما للمحال عليه .

وهذا ما تنص عليه المادتان ١٧٥ و ١٧٦ من تقنين الالتزامات السويسرى . فقد نصت المادة ١٧٥ على أن « التعهد الذى يصدر من المحال عليه للمدين بأن يتحمل بالدين يلزم المحال عليه أن يبرئ ذمة المدين ، إما بوفائه الدين للدائن ، وإما بنقله الدين إلى ذمته برضاء الدائن » . ونصت المادة ١٧٦ على أن « الحلول محل المدين الأصلى أو إبراء ذمته يتم باتفاق بين المحال عليه والدائن . ويصح استخلاص الايجاب لأبرام هذا الاتفاق من تبليغ يصدر للدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلى بترخيص من المحال عليه ، بما تم من اتفاق بين هذين الأخيرين . ويجوز أن يكون قبول الدائن لهذا الايجاب صريحاً أو ضمنياً يستخلص من الظروف . ويكون القبول ضمنياً إذا قبل الدائن دون تحفظ الوفاء من المحال عليه ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به باعتباره مديناً » .

وأنظر فى ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ . ص ٦٠ — ص ٦٢ .

تدخل الدائن ، إما لانعقادها بالذات ، وإما فى القليل لنفاذها فى حقه . ذلك أن تغير المدين فى حوالة الدين له شأن أخطر بكثير من تغير الدائن فى حوالة الحق . وإذا كان تغير الدائن على المدين ليس بأمر ذى خطر ، فأن تغير المدين على الدائن أمر بالغ الخطورة . إذ العبرة فى الالتزام بشخص المدين لا بشخص الدائن ، فالمدين هو الذى يحدد قيمة الالتزام من الناحية العملية، وتتوقف هذه القيمة على ملاءته وعلى ما يبديه من يسر فى الوفاء أو مماطلة ، فلا بد إذن من رضاء الدائن بتغير مدينه .

ومن ثم كانت الصورة الأولى من صورتى حوالة الدين فى التقنين المدنى الألمانى هى الصورة التى تتم فيها الحوالة باتفاق بين الدائن نفسه والمحال عليه (م ٤١٤ مدنى ألمانى) ، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلى إذ حوالة الدين تتمحض لمصلحته ، فيكون رضاء الدائن ضرورياً فى هذه الصورة لانعقاد الحوالة لا لنفاذها فى حقه فحسب . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد قدم الصورة الثانية التى تتم فيها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه — وهى الصورة التى نحن بصددها — على الصورة الأولى التى كانت أولى بالتقديم ، مراعاة للتنسيق بين حوالة الدين وحوالة الحق . فحوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد ، وكذلك حوالة الدين تتم هى أيضاً باتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد (١) .

٣١٥ — مركز المدين الأصلى من كل من الدائن والمحال عليه : وحوالة الدين — فى كل من صورتيها — تفترض أن هناك ديناً فى ذمة المدين الأصلى للدائن هو الذى جعل محلا للحوالة ، وبدون هذا الدين لا تقوم الحوالة إذ ينعدم محلها . فاذا أحال شخص آخر ، دون أن يكون مديناً له ، ليقبض ديناً من شخص ثالث ، فهذه ليست حوالة ، بل هى وكالة ، إذ يكون المحيل

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « تعرض أول صورة من صور حوالة الدين حيث يتم التعاقد مباشرة بين المدين الأصلى والمحال عليه ، وهو من يتحمل الدين . وفى هذه الحالة يعمد المدين إلى التصرف فى مركزه بوصفه هذا ، شأنه شأن الدائن عند التصرف فى مركزه من طريق حوالة حقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧) .

قد وكل المحال له فى قبض الدين . وهذا ما يقرره التقنين المدنى العراقى صراحة ، إذ تنص المادة ٣٤٢ من هذا التقنين على أنه « يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له ، وإلا فهى وكالة » .

أما مركز المدين الأصلى بالنسبة إلى المحال عليه ، فليس من الضرورى أن يكون الثانى مديناً للأول . فاذا لم يكن مديناً ، أو كان مديناً ولم يقيد المحيل الحوالة بهذا الدين ، فالحوالة تعتبر فى الفقه الإسلامى حوالة مطلقة . و إذا كان مديناً وقيد المحيل الحوالة بالدين ، فهى حوالة مقيدة (١) .

المبحث الثانى

نفاذ الحوالة فى حق الدائن

٣١٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها » .

« ٢ — وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى باعلان الحوالة إلى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » .

وتنص المادة ٣٢٢ على ما يأتى :

« ١ — لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك » .

---

(١) أنظر المادة ٣٣٩/٢ و ٣ من التقنين المدنى العراقى ، وقد تقدم ذكر النص (أنظر آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش) .

« ٢ — فاذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقراراً (١) » .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣١٦ : ورد هذا النص فى نصوص عدة من المشروع التمهيدى : (١) فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ولا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها » . (٢) وفى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ من المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » . (٣) وفى المادة ٤٤٧ من المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة للدائن ، وحدد له أجلا معقولا ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » — وفى لجنة المراجعة أدمجت هذه النصوص كلها فى مادة واحدة من فقرتين على الوجه الآتى : « (١) لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها . على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء . (٢) وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة إلى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » . وأصبحت المادة رقمها ٣٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على نظرية إجبار الدائن على قبول الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء . فرد على هذا الاعتراض بأن هذه النظرية تتضمن قاعدة شرعية وردت فى حديث شريف عن النبى صلى الله عليه وسلم : « فإذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل » . فأجيب على هذا الرد بأن « مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير الآن ، فأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم ، وبالتالى لا يمكن اقتضاء الحقوق منهم » . وانتهى الأمر إلى أن حذفت من الفقرة الأولى عبارة « على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » ، « لأن هذه العبارة تفتح باب المنازعات ، وقد تسبب أضراراً كبيرة للدائن الذى ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة . فرأت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد هذا الباب ، وبهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن » . وأصبح رقم المادة ٣١٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٩ و ص ١٤١ — ص ١٤٣) .

م ٣٢٢ : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت فى آخر الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «وتنفذ الحوالة فى حقه حتى لو رفضها فى الميعاد المحدد إذا لم يستند فى رفضه إلى =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٠٣ و ٣٠٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٠ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٧ (١) .

= أسباب معقولة » ، وفيما عدا فقرة ثالثة كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يجوز للمشترى إذا انتقل الدين إلى ذمته أن يطهر العقار المرهون أو أن يتخلى عن هذا العقار » ، وفيما عدا أن الميعاد الذى ورد فى المشروع التمهيدى لإقرار الحوالة أو رفضها كان ثلاثة أشهر لا ستة . وفى لجنة المراجعة أقر النص ، وصار رقمه ٣٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى وردت فى آخر الفقرة الثانية تمشياً مع تعديل مماثل فى المادة ٣١٦ مدنى ، وحذفت الفقرة الثالثة لأن المشترى بقبوله الحوالة يصبح مديناً أصلياً فلا يجوز له طبقاً للقواعد العامة تطهير العقار المرهون أو التخلية ، وجعل ميعاد الإقرار أو الرفض ستة أشهر بدلا من ثلاثة . فأصبح نص المادة بذلك مطابقاً تماماً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٣٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٠ و ص ١٦٤ — ص ١٦٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣١٦ (مطابقة للمادة ٣١٦ من التقنين المدنى المصرى — ولا مقابل فى التقنين المدنى السورى للمادة ٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٠٣ و م ٣٠٩ (مطابقتان للمادتين ٣١٦ و ٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٤٠ : ١ — الحوالة التى تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له . ٢ — وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له ، وحدد له أجلا معقولا لقبول الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول ، اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة .

وهذا الحكم يتفق مع حكم المادة ٣١٦ مصرى . ولا يوجد فى التقنين العراقى مقابل للمادة ٣٢٢ من التقنين المصرى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٨٧ : انتقال دين المديون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمديون — وفى الحالة الثانية يبقى مفعول الانتقال موقوفاً على إجازة الدائن . ويستطيع المتعاقدان ، مادامت الإجازة لم تعط ، أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه — وإذا لم يجز الدائن الانتقال بطل . وإذا أجازه كان له مفعول

٣١٧ — مسائل أربع : ويتبين من هذه النصوص أن إقرار الدائن للحوالة ضرورى حتى تنفذ فى حقه . فنبحث فى هذا الصدد مسائل أربعاً : (١) متى يصدر إقرار الدائن (٢) وكيف يصدر هذا الإقرار (٣) وإلى أى مدى يلتزم الدائن باقرار الحوالة ، وسنرى أنه حر فى الإقرار أو فى الرفض (٤) وماهو الأثر الذى يترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضه إياها .

٣١٨ — متى يصدر إقرار الدائن : وإقرار الدائن كما رأينا ضرورى لنفاذ الحوالة فى حقه ، حتى لا يتغير عليه المدين — وشخصه جوهرى فى الدين — دون رضاه . والإقرار إرادة منفردة تصدر من الدائن ، ولا تنتج أثرها إلا إذا وصلت إلى علم من توجه إليه هذه الإرادة وفقاً للقواعد العامة . ونرى أنه يكفى أن يصل الإقرار إلى علم أى من المحال عليه أو المدين الأصلى لينتج أثره ، ولا يجوز بعد ذلك لهذين الأخيرين أن يتفقا على العدول عن الحوالة أو التعديل فيها (١) . ولكن قبل وصول الإقرار إلى علم أى منهما ، يجوز لهما أن يتفقا معاً على أن يعدلا عن الحوالة فلا يكون لها أثر حتى لو صدر إقرار الدائن بعد علمه بهذا العدول ، ويجوز لهما كذلك أن يدخلا على الحوالة من التعديل ما يتفقان عليه .

ويصح أن يصدر الإقرار فى أى وقت بعد انعقاد الحوالة . وليس من الضرورى ، فى التقنين المدنى المصرى ، أن يتربص الدائن باقراره حتى يعلنه المحال عليه أو المدين الأصلى بالحوالة ، بل يجوز أن يقر الدائن الحوالة قبل أن

= رجعى منذ اليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المديون ومن انتقل إليه الدين — ولا يجوز إعطاء الأجازة إلا بعد أن يبلغ المتعاقدون الانتقال إلى الدائن . ويجب اعطاؤها فى خلال المهلة المعينة فى البلاغ ، وإذا لم تعين مهلة ففى خلال المدة التى تعتبر كافية للاختيار . وإذا انقضت المدة عدت الإجازة مرفوضة .

وتتفق هذه الأحكام مع أحكام المادة ٣١٦ من التقنين المصرى ، فيما عدا عدم جواز صدور الإقرار قبل إعلان الحوالة فى التقنين اللبنانى ، وهو حكم مأخوذ من التقنين المدنى الألمانى . ولا مقابل فى التقنين اللبنانى للمادة ٣٢٢ من التقنين المصرى .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٢٧ ص ٣٢٧ .

يعلن بها (١) . أما فى التقنين المدنى الألمانى فقد ورد نص صريح فى هذا الصدد يقضى بأن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها (٢) ، وذلك لكى يبقى زمام الحوالة فى يد المدين الأصلى والمحال عليه ، فيستطيعا أن يعدلا عنها أو يعدلا فيها قبل أن يعلناها للدائن .

إذن ليس فى التقنين المدنى المصرى بداية لميعاد صدور الإقرار إلا وقت انعقاد الحوالة . وكذلك ليس لهذا الميعاد نهاية ، فيجوز للدائن أن يقر الحوالة فى أى وقت بعد انعقادها . على أنه يستطيع أى من المحال عليه أو المدين الأصلى أن يضع حداً لهذا الموقف غير المستقر ، بأن يتولى إعلان الحوالة إلى الدائن ويعين له فى الوقت ذاته أجلا معقولا ، يقدره هو تحت رقابة قاضى الموضوع ، فاذا انقضى هذا الأجل دون أن يقر الدائن الحوالة ، اعتبر سكوته رفضاً(٣) . وعند ذلك يبقى عقد الحوالة تاماً فى العلاقة مابين المدين الأصلى والمحال عليه ، منتجاً لالتزامات شخصية فيما بينهما ، دون أن ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه فى العلاقة مابينه وبين الدائن ، وسيأتى بيان ذلك .

٣١٩ — حالة بيع العقار المرهون : على أن هناك حالة خاصة ، نصت عليها المادة ٣٢٢ مدنى ، عدل فيها الحكم المتقدم الذكر ، وهذه هى حالة بيع العقار المرهون رسمياً . فى هذه الحالة لاينتقل الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى إلا باتفاق خاص بين البائع والمشترى على حوالة هذا الدين — وفى هنا

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد أجاز المشروع للدائن إقرار الحوالة متى اتصلت بعلمه ، حتى قبل أن يقوم المدين أو المحال عليه باعلانه بها . ولكن ليس للدائن أن يتمسك بالحوالة مادام إقراره لم يصل إلى المدين أوالمحال عليه . وعلى هذا الاعتبار يكون لطرفى الحوالة أن يعدلا فيها أو يعدلا عنها قبل وصول هذا الإقرار إلى أحدهما» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) . وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٧٨ .

(٢) فقد نصت المادة ٤١٥ من التقنين المدنى الألمانى على أن « هذا الإقرار لا يجوز صدوره إلا بعد أن يعلن المدين أو الأجنبى الحوالة للدائن » . وعلى نهج التقنين المدنى الألمانى سار تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (أنظر المادة ٤/٢٨٧ من هذا التقنين الأخير آنفاً فقرة ٣١٨ فى الهامش) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ .

لا جديد ، فان الحوالة لاتفترض ، وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتراض حوالة الدين المضمون بالرهن ، بل لابد أن يكون هناك اتفاق خاص على هذه الحوالة . فاذا ماعقد هذا الاتفاق بين البائع والمشترى — أى بين المدين الأصلى والمحال عليه — ثم سجل عقد للبيع ، وأعلن الحوالة أى من البائع أو المشترى إعلاناً رسمياً للدائن ، فان المادة ٣٢٢ مدنى قد تكفلت بتحديد الميعاد الذى يجب فيه أن يقر الدائن الحوالة أو رفضها . وهذا الميعاد هو ستة أشهر من وقت إعلانه بالحوالة ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر الحوالة أو رفضها . اعتبر سكوته إقراراً للحوالة لا رفضاً لها(١) .

ونرى من ذلك أن النص قد انحرف بهذه الحالة الخاصة عن الأحكام التى تقدم ذكرها فى أمرين : (١) قد تكفل بتحديد المدة المعقولة، وهى ستة أشهر كما قدمنا ، ولم يتركها لتقدير أحد طرفى الحوالة . (٢) وجعل سكوت الدائن بعد انقضاء هذه المدة إقراراً للحوالة لا رفضاً لها(٢) ، وهذا عكس للحكم الذى تقرر فى غير هذه الحالة الخاصة .

---

(١) وقد استمدت المادة ٣٢٢ مدنى مصرى من المادة ٤١٦ من التقنين المدنى الألمانى . وكان المشروع الأول للنص الألمانى يجعل الدائن المرتهن مخيراً بين إقرار الحوالة أو اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى مدى ستة أشهر ، حتى لا يظل المدين الراهن معلقاً مدة طويلة بعد أن باع العقار المرهون . ولكن النص النهائى عدل عن ذلك ، وجعل للدائن المرتهن الحق فى رفض الحوالة إذا أعلن الرفض للمدين الراهن ، حتى لا يضطر الدائن المرتهن إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى وقت قد لا يكون ملائماً . على أن النص الألمانى فى صورته النهائية يختلف عن النص المصرى فى أن إعلان الحوالة يصدر ، وفقاً للنص الألمانى ، من المدين الراهن وحده ، فلا يجوز صدوره من المشترى للعقار المرهون ، ومن أن رفض الحوالة يجب إعلانه لهذا المدين الراهن (التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٦ ص ٦١٢ — ص ٦١٣ — وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٧ — ص ٥٨ — وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى المادة ١٨٣ والمقال المشار إليه ص ٦٦ . وانظر فيما يتعلق بالتقنين المدنى المصرى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٢ — ص ١٦٣) .

(٢) وقد يعلن الدائن المرتهن بالحوالة قبل تسجيل عقد البيع ، فهل يكون الإعلان فى هذه الحالة باطلا لا يترتب عليه أى أثر ، أو يبقى صحيحاً ولكن لا يترتب عليه أثره — أى لا يسرى ميعاد ستة الأشهر — إلا من تاريخ التسجيل ؟ نرجح الرأى الثانى، لأن الأخذ به =

ويسوغ هذا الانحراف اعتبارات عملية . فمن المصلحة، بعد أن انتقل العقار المرهون إلى ملك المشترى ، وأصبح هذا ملزماً بالدين عينياً بحكم ملكيته للعقار ، أن ينتقل الدين إلى ذمته حتى تتفق مسئوليته الشخصية ، مع مسئوليته العينية . ومن ثم شجع النص على الوصول إلى هذه النتيجة ، بأن تولى تحديد ميعاد ، ليس بالطويل ، يكون انقضاؤه مع سكوت الدائن إيذاناً باقرار الحوالة لا برفضها(١) .

= من شأنه إعمال إعلان الحوالة ، وإعمال التصرفات خير من إهمالها (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨٧ — ص ٢٨٨) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فيراعى من ناحية أنه لا يجوز إعلان الحوالة قبل التسجيل . وينهض لتوجيه هذا القيد أن المشروع قد قصد إلى تحامى الفصل بين المسئولية الشخصية والمسئولية العينية عن الدين ما أمكن ، وإن من مصلحة المشترى أن تمتنع على الدائن مطالبته بمقتضى المسئولية الشخصية قبل أن تترتب مسئوليته العينية، فيما لو أعلن بالحوالة من قبل . أما فيما يتعلق بالجزاء الذى يكفل نفاذ هذا الحكم ، فقد تعرض للذهن صورتان : فيجوز أن يعتبر الاعلان السابق على التسجيل غير ذى أثر فى بدء سريان الميعاد الحتمى المنصوص عليه فى هذه المادة ، وعلى هذا لا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ التسجيل — ويجوز أن يعتبر هذا الإعلان غير ذى أثر بالنسبة للمشترى . بيد أن الصورة الأولى هى الأولى بالقبول ، نظراً لتمشيها مع وجوب إعمال التصرفات القانونية كلما تيسر ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٣) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد فى صدد المادة ٣٢٢ مدنى ما يأتى : « تتناول هذه المادة صورة عملية بالغة الأهمية ، تعرض عند التصرف فى عقار مرهون ، مع تحمل الخلف بالدين الذى أنشىء الرهن لضمان الوفاء به . فالواقع إن إنشاء رهن رسمى بضمان الوفاء بالدين يجعل عنصر المسئولية العينية أغلب من عنصر المسئولية الشخصية ، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمى فى هذه الحالة أصلا ، ولا يكون لمسئولية المدين الشخصية عن الدين إلا منزلة الفرع من حيث التبعية . والغالب أن من يتصرف فى العقار المرهون يقصد إلى نقل الدين إلى الخلف ، والتحلل من المسئولية عنه ، فليس أسوأ من مركز مدين يظل مسئولا عن الدين شخصياً فى خلال فترة طويلة بعد أن يكون قد تصرف فى العقار الذى رهن لضمان الوفاء بهذا الدين . فإذا انصرفت نية المتصرف إلى التخلص من الدين ، أمكن أن يترتب على الحوالة التى تتم على هذا الوجه أن يصبح الخلف مسئولا عن الدين مسئولية عينية ومسئولية شخصية فى آن واحد . وهو بهذه المثابة يسأل فى جميع أمواله ، إذا لم يكن العقار المرهون الذى آل إليه كافياً الوفاء بحق الدائن . بيد أن مثل هذا الوضع ، رغم ما ينطوى فيه من نزوع إلى التمشى مع مقتضيات العمل ، والنزول على حكم المنطق ، قد يستتبع أحياناً تعريض الدائن لخطر جدى ، ولا سيما إذا كان متأخراً فى المرتبة وكان فى شك من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون . فأولى به فى هذه الحالة أن يبقى على دعواه قبل مدينه الأصلى ، متى كان مأمون اليسار ، من أن =

٣٢٠ – كيف يكون الاقرار : والإقرار تعبير عن الإرادة ، وليس له شكل خاص ، فأى لفظ أو كتابة أو موقف يدل على رضاء الدائن بالحوالة يكفى . وقد يكون صريحاً كما يكون ضمنياً . ويكون إقرار الدائن للحوالة إقراراً ضمنياً إذا استوفى الدين أو جزءا منه من المحال عليه دون تحفظ ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه هو المدين(١) .

= يرجع بهذه الدعوى على الخلف وقد لا يتوافر فيه من ضمانات الملاءة ما يتوافر لدى الأصيل . ومؤدى هذا أن مصالح الدائن قد تستهدف للخطر كلما كان نصيب المسئولية الشخصية من الأهمية أعظم من نصيب المسئولية العينية ، كما هو الشأن فى الحالة الأخيرة . وقد قصر المشروع إلى التوفيق بين مصلحة الدائن و مصلحة المتصرف – ومن الواجب أن يصفى مركزه ما أمكن حتى لا يطول أمد بقاء مسئوليته عن الدين المضمون بالرهن بعد بيع العقار المرهون — فقضى باعتبار الدائن مقراً بالحوالة ، إذا لم يقم برفضها صراحة خلال ثلاثة أشهر (أصبحت ستة أشهر) من إعلانه بها استثناء من أحكام القواعد العامة»(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١ — ص ١٦٢) .

ويبدو من الأسباب التى علل بها الحكم الذى نحن بصدده أن هذا الحكم منطبق أيضاً فى حالة ما إذا كان العقار المبيع مثقلا بتأمين عينى آخر غير الرهن الرسمى ، كحق امتياز أو حق اختصاص .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٥ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « يكون إقرار الدائن للحوالة صريحاً أو ضمنياً . ويعتبر الدائن قد أقر الحوالة إذا وفى المحال عليه الدين بصفته مديناً وقبل الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، أو قبل أى عمل آخر يقوم به المحال عليه بصفته مديناً » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « للدائن أن يتخذ من الحوالة مواقف مختلفة : (ا) فله أن يقرها ، وقد يكون الإقرار صريحاً أو ضمنياً . وقد يفترض الإقرار إذا قبض الدائن دون تحفظ ما أوفى به المحال عليه — كالوفاء الجزئى بأصل الدين أو الوفاء بالفوائد — أو إذا قبل من المحال عليه أداء تكليف يقع على المدين ، كما هو الشأن فى التجديد . بيد أنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون المحال عليه قد أوفى بالدين ، أو أدى تكليفاً آخر مما يجب على المدين ، وأن يكون قد أضاف الوفاء أو الأداء إلى نفسه لا إلى المدين ، إذ فى هذا الوضع فحسب يكون الدائن قد اعتبر المحال عليه مديناً له . وقد يستفاد إقرار الدائن للحوالة من مطالبته للمحال عليه بالتزام ، أو من إنظاره إلى أجل معلوم . على أن القرينة التى تستخلص من تلك الظروف ليست بقاطعة ، بل يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس ، كما إذا كان التحفظ ذاته مستفاداً من واقع الحال . (ب) وله أن يرفضها فتكون غير نافذة فى حقه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة من المشروع ، « لأنها ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، بدليل أنه لا مقابل لها فى الفصل الخامس بحوالة الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧ — ص ١٣٨ فى الهامش) .

ويثبت إقرار الدائن للحوالة بجميع الطرق ، وفقاً للقواعد العامة ، لأنه إرادة منفردة .

٣٢١ – الدائن حر فى إقرار الحوالة أو فى رفضها : والقاعدة أن الدائن حر فى إقرار الحوالة أو فى رفضها ، فان أقرها انتقل بالنسبة إليه الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه كما سنرى ، وإن رفضها بقى المدين الأصلى مديناً له كما كان ولم ينتقل الدين بالنسبة إلى الدائن من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه . ولا شيء يجبر الدائن على إقرار الحوالة ، مهما يكن المحال عليه مليئاً ، حتى لو كان أكثر ملاءة من المدين الأصلى ، أو كان له مال ظاهر أيسر فى التنفيذ عليه . فليس الدائن ملزماً أن يغير مدينه حتى إلى مدين أفضل ، فهذا أمر يرجع تقديره إليه هو ، وإذا رفض إقرار الحوالة فلابد أن يكون لديه من الأسباب ما يبرر فى نظره هذا الرفض ، وهذا كاف ولا تعقيب عليه فى تقديره ، بل هو لا يسأل عن أسباب رفضه .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن حكماً يخالف هذا الحكم ، فقد كانت المادة ٤٤٦ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ – إذا رفض الدائن الإقرار ، كانت الحوالة غير نافذة فى حقه . ٢ – على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار ، إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » . وكان يستفاد من هذا الحكم أن الدائن إذا أحيل على شخص ملىء مقتدر بحيث يكون حقه مكفول الوفاء ، فليس له أن يرفض إقرار الحوالة ، وإلا كان متعسفاً فى استعمال حقه فى الرفض ، فيرد عليه قصده . ولا حاجة فى هذه الحالة لإقراره ، بل لا عبرة برفضه ، لتكون الحوالة نافذة فى حقه (١) . ولما عرض هذا النص

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٩ — ص ١٤٠ — وقد جاء فيها ما يأتى : « والمشهور عند الحنفية هو ضرورة رضاء الدائن . ومن رأيهم أن قوله عليه السلام فى الحديث : فإذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل ، يفيد فى ظاهره معنى الأمر ، ولكنه أمر استحباب أو إباحة ، لأن المدينين رغم يسارهم قد تتفاوت ذممهم فى حسن القضاء والمطل ، ولهذه العلة قد يحرص الدائن على عدم إبدال مدينه . ويضيف ابن الهمام إلى ذلك أن الدائن قد يضار إذا أجبر على استيفاء دينه من مدين لا يوفيه : —

على لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على فكرة إجبار الدائن على إقرار الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء (١) ، فوافقت اللجنة على حذف النص (٢) .

= فتح القدير ٦ ص ٣٤٧ — والكاسانى ٦ ص ١٦ — ولم يعرض مرشد الحيران لهذه المسألة ، ولكن المادة ٦٨٣ من المجلة نصت صراحة على أن « الحوالة التى أجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له » . والواقع أن تعاقد المدين والمحال عليه يعتبر ، فى اصطلاح الفقه الحنفى ، عقداً موقوفاً . وهو بهذه المثابة غير لازم بالنسبة لكل من المتعاقدين : أنظر الكاسانى فى البدائع جـ ٥ ص ١٧٨ — ولم يرد المشروع أن يلتزم حدود هذا التصوير ، ولو أن له شبيهاً فى أحكام التقنين الصينى (م ٣٠٢) . أما الحنابلة فلا يشترطون رضاء الدائن . ولمذهبهم فى هذه الناحية طابع خاص ، فمن رأيهم — فيما عدا حالة الإعسار — أن الأمر المستفاد من الحديث الذى تقدمت الإشارة إليه أمر وجوب ينطوى على تكليف الدائن باستيفاء حقه ممن قبل تحمل الدين ، ما دام المدين الأصلى قد أحال عليه . ويعتبر الدائن ، وفقاً لهذا الرأى ، غير محق فى الممانعة فى اتفاق لا يضار منه . فإن فعل ، كان متعنتا ، وكان للقاضى أن يجبره على إمضاء حكم هذا الاتفاق إن اقتضى الحال ذلك : منصور بن إدريس فى كشاف القناع جـ ٢ ص ١٨٧ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ — ص ١٤١) .

(١) وقد رأينا فى بيان تاريخ نص المادة ٣١٦ أن هذا الاعتراض ، لما قام فى لجنة مجلس الشيوخ ، قيل فى الرد عليه أن النص يتضمن قاعدة شرعية وردت فى حديث شريف عن النبى صلى الله عليه وسلم : فإذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل . فأجيب بأن مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير ، وأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر ، فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم ولا يمكن اقتضاء الحقوق منهم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٢ . وأنظر آنفاً فقرة ٣١٦ فى الهامش) .

(٢) وقد رأينا أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت فى تقريرها فى هذا الصدد ما يأتى « حذفت من الفقرة الأولى عبارة : على إنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الاقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء — لأن هذه العبارة تفتح باب المنازعات ، وقد تسبب أضراراً كبيرة للدائن الذى ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة . رأت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد هذا الباب ، وبهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٣ — وأنظر آنفاً فقرة ٣١٦ فى الهامش)

هذا وهناك حالة واردة فى المشروع التمهيدى ، هى حالة بيع المتجر بماله من حقوق وما عليه من ديون ، ولم يكن المشروع التمهيدى يشترط فيها رضاء الدائن . فقد كانت المادة ٤٥٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ - إذا بيع متجر بماله من حقوق وما عليه من ديون ، كان المشترى مسئولا عن الديون بقدر ما كسب من حقوق . ٢ - ومع ذلك يبقى المدين الأصلى ملزما هو أيضاً بالديون مدة ثلاث سنوات . وتحسب هذه المدة بالنسبة للديون التى حلت من الوقت الذى يقوم فيه البائع بإخطار الدائنين بالحوالة ، وبالنسبة للديون التى لم تكن قد حلت =

٣٢٢ — الأثر المترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضها : قدمنا أن الحوالة تنعقد بمجرد تراضي المحال عليه والمدين الأصلي عليها ، وذلك قبل إقرار الدائن لها . فالإقرار الذي يصدر من الدائن إنما يلحق عقداً كامل التكوين ، لا يساهم الإقرار في تكوينه ، بل كل ما له من أثر هو في نفاذ الحوالة في حق الدائن . ومن ثم لا يعتبر الإقرار قبولا ينتج أثره من وقت

= وقت هذا الأخطار من وقت حلولها » . وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « تتناول هذه المادة حكم حوالة الديون عند تفرعها على الاستخلاف على محتويات ذمة من الذمم جملة واحدة ، بوصفها جزافا ، كما هو الشأن في بيع شركة أو متجر أو حصة في هذه أو تلك . ولا يشترط في الاستخلاف على محتويات الذمة أو المتجر شكل خاص بل تطبق القواعد العامة في العقود . بيد أنه لا يتيسر للمستخلف أن ينفذ التزامه بنقل عناصر الذمة أو المتجر إلى الخلف جملة واحدة وإنما يتعين عليه أن ينقل إليه كل عنصر من تلك العناصر إن كانت من قبيل الحقوق وفقاً للأوضاع الخاصة بانتقال هذه الحقوق . وقد استثنى المشروع من نطاق تطبيق القواعد العامة حكم حوالة الديون عند الاستخلاف على محتويات ذمة أو متجر : فلم يشترط رضاء الدائن لانعقادها ، معتداً في ذلك بما شرع من ضمانات لحماية الدائن . وقد نص على احتفاظ الدائن بحقه في الرجوع على المدين الأصلي بوصفه مديناً متضامناً مع من يخلفه ، في خلال ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إخطار الدائنين بالحوالة بالنسبة للديون التي حلت ومن تاريخ حلول الديون غير المستحقة الأداء . فإذا انقضت مدة السنوات الثلاث ، سقط حق الدائن في الرجوع على المدين الأصلي . وغني عن البيان أن في هذا الأجل فسحة تكفل للدائن حسن القيام على مصالحه . ولا يسأل المحال عليه عن الديون إلا بنسبة ما آل إليه ، فمسئوليته تنحصر على هذا الوجه في حدود عناصر الذمة التي استخلف عليها ، فإذا لم تكن جميع الأموال قد انتقلت إليه ، جاز تأسيس هذه المسئولية على ما يكون له من حقوق أو دعاوى في تلك الأموال . ويسري حكم هذا النص متى اعتبرت محتويات الذمة التي يقع الاستخلاف عليها جزافاً ، ولا يهم في ذلك أن تكون بعض الأموال قد أخرجت منها فرادى لاحتفاظ المدين الأصلي بها ، لأن الدائن يستبقي حقه في الرجوع على هذا المدين في خلال ثلاثة سنوات كما تقدم بيان ذلك » . هذا وقد اقترح في لجنة المراجعة حذف هذا النص ، فوافقت اللجنة على حذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١) . وكانت المادة ٤٥٧ من المشروع التمهيدي مأخوذة من المادة ٤١٩ من التقنين المدني الألماني (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٩ ص ٦٢١ — ص ٦٢٣ — وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٨ — ص ٥٩ — وانظر في حالة بيع المتجر المادتين ٢٥ و ٢٦ من التقنين التجاري الألماني — وانظر في تقنين الالتزامات السويسري المادتين ١٨١ و ١٨٢ ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي المشار إليه ص ٦٥ — ص ٦٦) .

صدوره ، بل هو إقرار لاتفاق تم من قبل ، فيكون له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد الحوالة لا إلى وقت صدور الإقرار .

ويترتب على أن للإقرار أثراً رجعيا أنه إذا كان أحد طرفى الحوالة — المدين الأصلى أو المحال عليه — فقد أهليته فى الفترة ما بين صدور الحوالة وصدور الإقرار ، فان هذا لايمنع من صدور الإقرار . وهذا بخلاف ما إذا لم يكن للإقرار أثر رجعي ، فانه يجب فى هذه الحالة أن يكون كل من المدين الأصلى والمحال عليه باقيين على أهليتهما إلى وقت صدور الإقرار .

ومتى صدر إقرار الدائن على النحو الذى سبق بيانه : أصبحت الحوالة نافذة فى حقه ، وانتقل الدين بالنسبة إليه من المدين الأصلى إلى المحال عليه . وسنبين ذلك تفصيلا فيما يلى :

أما إذا رفض الدائن إقرار الحوالة ، بقيت الحوالة قائمة بين المدين الأصلى والمحال عليه على الوجه الذى سنبينه . غير أنها لا تنفذ فى حق الدائن ، فلا يكون المحال عليه مديناً له مباشرة ، ولا يحق للدائن أن يجبره على الوفاء (١) . ثم إن الدائن ، إذا رفض إقرار الحوالة ، لا يستطيع العودة إلى إقرارها بعد الرفض .

الفرع الثانى

اتفاق الدائن والمحال عليه

٣٢٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى ، هو الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا رفض الدائن الإقرار ، كانت الحوالة غير نافذة فى حقه » . فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تكرار للفقرة الأولى من المادة ٣١٦ مدنى ، إذ تنص هذه الفقرة على أنه « لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧ — ص ١٣٨ فى الهامش) .

« ١ — يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه » .

« ٢ — وتسري في هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و٣٢٠ » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما قدمنا .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢١ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٨ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٤١ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/١٨٧ (٢) .

ويتبين من هذا النص أن هناك صورة ثانية لانعقاد الحوالة . بل إن هذه هي الصورة الأصلية ، لأن رضاء الدائن فيها يساهم في تكوين الحوالة ، لا في نفاذها فحسب . وهذه الصورة هي اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه ، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلي لا في انعقاد الحوالة ، بل ولا في نفاذها في حق هذا المدين .

فنبين إذن : (١) كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه على الحوالة (٢) وما أثر هذا الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٣ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٧ وص ١٥٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢١ (مطابقة للمادة ٣٢١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٨ (مطابقة للمادة ٣٢١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٤١ : يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه . ويلزم المحال عليه بالأداء ، ولكن ليس له الرجوع على المدين الأصلي إلا إذا أقر المدين الحوالة .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري . غير أن رجوع المحال عليه على المدين الأصلي في التقنين المصري جائز بقاعدة الإثراء بلا سبب حتى لو لم يقر المدين الحوالة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٨٧ : انتقال دين المديون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمديون .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

٣٢٤ — كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه : هذه الصورة الثانية لحوالة الدين تمتاز عن الصورة الأولى فى أن الدائن — وهو صاحب الدين — هو الذى يتولى بنفسه تحويل الدين الذى له من ذمة مدينه الأصلى إلى ذمة المحال عليه(١) . فالاتفاق يتم إذن مباشرة بين الدائن والمدين الجديد ، وبموجبه يتحول الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم .

وليس للاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يكفى . وقد يكون تراضى الطرفين صريحاً ، كما يكون ضمنياً . فاذا عرض المحال عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين باعتباره هو المدين ، لا باعتباره نائباً عن المدين الأصلى ، وقبل منه الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، فقد انعقدت حوالة الدين بتراض ضمنى ، وتحول الدين إلى ذمة المحال عليه ، ولزمه أن يفى للدائن بالباقى منه .

ويجب أن يقع اتفاق الحوالة على الدين ذاته ، حتى ينتقل الدين بجميع ضماناته وصفاته وبجميع دفوعه إلى المدين الجديد ، وذلك تطبيقاً للمادتين ٣١٨و٣٢٠ مدنى اللتين تسريان فى الصورة التى نحن بصددها ، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة٣٢١ مدنى(٢) .

ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق متمحضاً بنية الحوالة . إذ يصح أن يتفق الطرفان ، لا على حوالة الدين ، بل على تجديده . وقد عرفنا الفرق بين الحوالة والتجديد، ففى الحوالة ينتقل الدين نفسه إلى ذمة المدين الجديد، أما فى التجديد فينقضى الدين الأصلى ويحل محله دين جديد . ونية الحوالة هى التى تميز الاتفاق على حوالة الدين عن الاتفاق على التجديد، فان التجديد يتم أيضاً ، كما سنرى،

---

(١) أما فى الصورة الأولى ، فإن المدين هو الذى يحول الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد ، ولذلك اقتضت هذه الصورة رضاء الدائن حتى تكون الحوالة نافذة فى حقه . ولم تقتض الصورة الثانية التى نحن بصددها رضاء المدين الأصلى ، ولو لتكون الحوالة نافذة فى حقه ، فإن الحوالة تنعقد فى هذه الصورة الثانية نافذة فى حق المدين الأصلى بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى رضائه كما سنرى .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ .

باتفاق بين الدائن والمدين الجديد . وقد كان هذا التمييز نهاية لتطور طويل فى القانون ، إذ كان الاتفاق على التجديد هو المعروف وحده ، ثم عرف بعد ذلك التعهد بوفاء الدين (expromissio) ، وتطور هذا التعهد إلى أن أصبح اتفاقاً على الحوالة(١) .

كذلك يجب التمييز بين الاتفاق على الحوالة على النحو الذى قدمناه والاتفاق على أن يكون المدين الجديد مضافاً إلى المدين الأصلى ومتضامناً معه فى الدين ، ففى هذه الحالة الأخيرة لا ينتقل الدين إلى ذمة المدين الجديد ، بل يبقى فى ذمة المدين الأصلى ، ويتضامن معه فيه مدين جديد(٢) .

٣٢٥ — أثر الاتفاق بالنسبة الى المدين الاصلى : قدمنا أن هذا الاتفاق لا يقتضى اشتراك المدين الأصلى فيه ولا إقراره له ، فرضاؤه غير ضرورى لا لانعقاد الحوالة ولا لنفاذها فى حقه . ذلك أنه من القواعد المقررة أنه يجوز لأجنبى أن يفى بالدين دون رضاء المدين (المادة ٣٢٣ مدنى) ، ومتى قبل الدائن الوفاء ، ولو عارض المدين ، انقضى الدين ، وكان للأجنبى الذى وفاه الرجوع على المدين الأصلى بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب إذا كان الوفاء بغير علمه أو برغم إرادته . ويقاس على الوفاء الحوالة ، والأجنبى هنا — وهو المحال عليه أو المدين الجديد — لم يف بالدين فعلا ، بل اتفق مع الدائن على أن ينقله إلى ذمته . فينتقل الدين بهذا الاتفاق ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى . رضى بالحوالة أو لم يرض ، علم بها أو لم يعلم ، فالاتفاق يسرى فى حقه دون أن

---

(١) أنظر فى هذا المعنى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٤ ص ٦٠١ — ص ٦٠٢ .

(٢) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يشترط لانعقاد الحوالة فى هذه الصورة شكل خاص ، بل تسرى القواعد العامة بشأن إثبات انعقادها ، كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحاً أو ضمنياً . بيد أنه يشترط على أى حال أن يفرغ رضاء الطرفين بحيث يتيسر للدائن أن يفهم أن المحال عليه لم يقصد إلى الاشتراك فى المسئولية عن الدين ، أو إلى الالتزام به على سبيل التضامن ، بل إلى إحلال نفسه محل المدين الأصلى فى أدائه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٧ — ص ١٥٨) .

يكون طرفاً فيه بل ودون أن يقره ، لأنه يتمحض لمصلحته(١) . ومن ذلك نرى أن الحوالة فى هذه الصورة الثانية ، بخلاف الصورة الأولى ، تنعقد نافذة فوراً فى حق المدين الأصلى بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى إقرار هذا المدين.

بيد أن عدم اشتراك المدين الأصلى فى الحوالة يظهر أثره فى أمرين : (الأمر الأول) رجوع المحال عليه على المدين الأصلى بما وفاه للدائن . ففى الصورة الأولى التى تتم برضاء المدين الأصلى بموجب اتفاق بينه وبين المحال عليه ، يحدد هذا الاتفاق كيف يرجع المحال عليه على المدين الأصلى بما يوفيه للدائن على النحو الذى سنبينه فيما يلى . أما هنا فى الصورة الثانية التى نحن بصددها فالمدين الأصلى لم يتدخل فى الحوالة ، فيكون رجوع المحال عليه بالدين الذى وفاه عنه غير قائم على أى اتفاق بينهما ، فلا يبقى إلا أن يرجع عليه بقاعدة الإثراء بلا سبب . (والأمر الثانى) ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه . ففى الصورة الأولى التى تتم باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، تقضى المادة ٣١٩ مدنى بأن « يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » . أما فى الصورة الثانية التى نحن بصددها ، حيث لا يتدخل المدين الأصلى فى الحوالة ، فلا ضمان عليه ، وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدنى تقضى ، فى هذه الصورة الثانية ، بسريان المادة ٣١٨ (انتقال الدين بضماناته) والمادة ٣٢٠ (انتقال الدين بدفوعه) دون المادة ٣١٩ (ضمان اليسار) . وهذا أمر طبيعى ، فضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة لا يكون إلا إذا كان هذا المدين قد اشترك فى الحوالة ورضى بها ، أى فى الصورة الأولى . أما إذا لم يشترك فيها ، كما هى الحال فى الصورة الثانية ، فلا محل لهذا الضمان .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ولا يشترط رضاء المدين الأصلى بالحوالة فى هذه الصورة ، فهى تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها ، وذلك أنها تتمحض لمنفعته ، إذ يترتب عليها أن تبرأ ذمته من الالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨) .

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الدين

٣٢٦ – علاقات متنوعة: هنا أيضاً ، كما فى حوالة الحق ، إذا انعقدت حوالة الدين تقوم علاقات متنوعة تتناول كلا من الدائن والمدين الأصلى والمحال عليه .

وتختلف حوالة الدين عن حوالة الحق فى أن هذه العلاقات لا تتناول الغير . ذلك أن الغير فى حوالة الحق هو ، كما قدمنا ، كل شخص كسب حقا على الحق المحال به ، كمحال له ثان أو دائن حاجز ، ولا يتصور « غير » على هذا النحو فى حوالة الدين (١) .

فنستعرض : (١) علاقة الدائن بالمحال عليه (٢) علاقة الدائن بالمدين الأصلى (٣) علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه .

---

(١) وإذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقر الدائن الحوالة ، فقد انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن نفسه بمجرد إقراره . فإذا فرض أن المدين الأصلى اتفق مع شخص آخر على أن يحول له الدين ، بعد الاتفاق الأول الذى أقره الدائن ، فإن الدين ، وقد سبق أن تحول إلى ذمة المحال عليه الأول بالحوالة الأولى ، لا يمكن أن يتحول مرة أخرى إلى ذمة المحال عليه الثانى ، لأن المدين الأصلى وقت الحوالة الثانية لم يكن مديناً .

وغنى عن البيان أن المدين الأصلى إذا عقد حوالتين متعاقبتين مع شخصين مختلفين ، فأية حوالة منهما يقرها الدائن أولا هى التى تسرى ولا عبرة بالحوالة الثانية بالنسبة إلى الدائن ، وإن كانت هذه الحوالة الثانية تبقى قائمة بين المدين الأصلى والطرف الآخر فيها

وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا عقدت حوالتان متعاقبتان ، أحداهما أو كلتاهما باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فأية حوالة منهما رضى الدائن بها أو أقرها أولا هى التى تسرى .

الفرع الأول

علاقة الدائن بالمحال عليه

٣٢٧ — مسائل ثلاث : نفرض هنا أن الحوالة قد انعقدت ونفذت فى حق الدائن، إما بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ثم أقرها الدائن (١) كما هو الأمر فى الصورة الأولى، وإما بأن تكون قد انعقدت نافذة فوراً فى حق الجميع وذلك باتفاق بين الدائن والمحال عليه كما هو الأمر فى الصورة الثانية .

فى هذا الفرض ينتقل الدين ، كما قدمنا ، من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه . فيستخلف المدين الأصلى المحال عليه فى الدين نفسه، ومن ثم تنتقل مع الدين ضماناته ودفوعه .

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) استخلاف المحال عليه فى الدين ، أى حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين (٢) انتقال الدين بضماناته (٣) انتقال الدين بدفوعه .

المبحث الأول

حلول المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين

٣٢٨ — ما يترتب على هذا الحلول : متى صارت حوالة الدين نافذة فى حق الدائن ، يحل بالنسبة إليه المحال عليه محل المدين الأصلى فى الدين . ويترتب على ذلك :(١) أن تبرأ ذمة المدين الأصلى قبل الدائن(٢)وأن ينتقل الدين نفسه إلى المحال عليه .

---

(١) أما قبل إقرار الدائن ، فقد قدمنا أن الحوالة لا تكون نافذة فى حقه ، ويكون المحال عليه أجنبياً بالنسبة إليه ، ويبقى المدين الأصلى هو المدين تجاه الدائن .

٣٢٩ — براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن : براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن هي النتيجة الحتمية المترتبة على انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه . وتتم براءة الذمة هذه من وقت انعقاد الحوالة في كل من صورتيها. ذلك أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فانها تنعقد نافذة مباشرة في حق الدائن ، فتبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة . وإذا هي انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فأنها لا تصبح نافذة في حق الدائن إلا باقراره كما قدمنا ، ولكن هذا الإقرار ينسحب أثره إلى وقت انعقاد الحوالة كما سبق القول ، فتستند براءة ذمة المدين الأصلي في هذه الصورة أيضاً إلى وقت انعقاد الحوالة(١).

وغني عن البيان أن ذمة المدين الأصلي تبرأ على النحو الذي قدمناه دون حاجة إلى أن يصرح الدائن بذلك ، فان هذا المعنى مستفاد من رضائه بالحوالة في الصورة الأولى ومن إقراره لها في الصورة الثانية(٢).

ويترتب على أن ذمة المدين الأصلي تبرأ من وقت انعقاد الحوالة نتيجتان هامتان :

(١) تعتبر هذه البراءة نهائية من وقت انعقاد الحوالة . فلو أن المحال عليه ، وقد انتقل الدين إلى ذمته من هذا الوقت ، أعسر بعد ذلك ولم يستطع الدائن أن يستوفي منه الدين ، فان الدائن لا يستطيع الرجوع بالدين على المدين الأصلي بعد أن برئت ذمته من الدين كما قدمنا . وهذا ظاهر في حالة انعقاد الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فان المدين الأصلي لا يكون مسئولا حتى

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٤٥٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « ١ – إذا أقر الدائن الحوالة ، برئت ذمة المدين الأصلي ، وحل محله المحال عليه . ٢ – وينسحب أثر الإقرار ليوم الذي تم فيه الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ هامش رقم ١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١ – ص ١٥٢ .

عن ضمان يسار المحال عليه كما قدمنا . أما فى حالة الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، فسنرى أن المدين الأصلى يضمن للدائن أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة (م ٣١٩ مدنى) . فلو أعسر المحال عليه بعد انعقاد الحوالة وقبل إقرار الدائن لها ، فان الدائن ، وإن كان لايرجع على المدين الأصلى بالدين ذاته ، إلا أنه يرجع عليه بالضمان . و إذا كان إعسار المحال عليه تالياً لإقرار الدائن للحوالة ، فليس للدائن بغير اتفاق خاص أن يرجع حتى بالضمان على المدين الأصلى (١) .

(٢) تبرأ ذمة المدين الأصلى من وقت انعقاد الحوالة ، وتنشغل ذمة المحال عليه بالدين من هذا الوقت ، بحيث لو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار ، فى إحدى صورتى الحوالة ، لم يكن لذلك أثر فى صحة التزامه بالدين قبل الدائن ولا فى براءة ذمة المدين الأصلى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، فى الصورة الأخرى ، باتفاق بين الدائن الأصلى والمحال عليه ، وفقد المحال عليه أهليته بعد ذلك ، فان فقدانه لأهليته لا يؤثر فى صحة التزامه نحو الدائن بعد أن تم التعاقد بينهما على انتقال الدين إلى ذمته . ولو نشأ دين ، فى الفترة مابين انعقاد الحوالة و إقرار الدائن لها فى الصورة الأولى من صورتى الحوالة ، لصالح المدين الأصلى فى ذمة الدائن ، فان المقاصة ، بعد إقرار الدائن للحوالة واستناد هذا الإقرار إلى وقت انعقادها ، لاتقع بين الحق المحال به وهذا الدين الذى نشأ . ذلك أن الدين المحال به يكون قد انتقل باقرار الدائن للحوالة إلى ذمة المحال عليه فلم تعد ذمة المدين الأصلى مشغولة به ، ويستند هذا الأثر إلى وقت انعقاد الحوالة أى إلى وقت سابق على نشوء الدين لصالح المدين الأصلى فى ذمة الدائن ، فلا تقع المقاصة بين الدينين . ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، فى الصورة الثانية ، باتفاق بين الدائن الأصلى والمحال عليه ، فان الدين المحال به ينتقل بمجرد هذا الاتفاق إلى ذمة

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتعتبر البراءة نهائية ، فلو أعسر المدين الجديد فيما بعد ، فليس للدائن أن يرجع على الأصيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢) .

المحال عليه ولا تعود ذمة المدين الأصلى مشغولة به ، فلو نشأ دين بعد ذلك لصالح المدين الأصلى فى ذمة الدائن لم تقع مقاصة بينه وبين الدين المحال به(١) .

٣٣٠ — انتقال الدين نفسه الى المحال عليه : وبراءة ذمة المدين الأصلى من الدين إنما هى نتيجة ترتبت على انتقال هذا الدين نفسه إلى ذمة المحال عليه كما قدمنا . والدين الذى ينتقل هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين الأصلى ، وينتقل بصفاته وضماناته ودفوعه . وسنرى فيما يلى كيف تنتقل الضمانات والدفوع .

أما انتقال الدين بصفاته ، فمثله أن يكون الدين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، فينتقل بشرط أو أجله(٢) . ومثله أيضاً أن يكون الدين تجارياً فينتقل على هذا الوصف ، أو أن يكون منتجاً لفوائد فينتقل منتجاً للفوائد بنفس السعر وبنفس الشروط ، أو أن يكون قد بدأ سريان التقادم ضده فينتقل والتقادم مستمر فى سريانه إلى أن يعترضه وقف أو انقطاع ، أو أن يكون مقترناً بسند تنفيذى كحكم قابل للنفاذ أو ورقة رسمية فينتقل قابلا للتنفيذ بهذا السند نفسه .

وينتقل الدين على هذا النحو إلى ذمة المحال عليه من الوقت الذى تبرأ فيه ذمة المدين الأصلى ، أى من وقت انعقاد الحوالة على الوجه الذى قدمناه .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ومتى أقر الدائن الحوالة يجرى الحكم كما لو كان هذا الدائن قد اشترك فى التعاقد الذى تم من قبل بين المحيل والمحال عليه ... ويراعى أن أثر براءة ذمة المدين الأصلى والتزام المدين الجديد قبل الدائن ينسحب إلى هذا التاريخ ، فلو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار ، فلا يكون لذلك أثر فى صحة التزامه قبل الدائن ، لأن الدائن يعتبر طرفاً فى التعاقد السابق . ولو نشأ سبب من أسباب المقاصة لصالح المدين الأصيل فى هذه الفترة ، فلا يجوز التمسك بمثل هذا السبب ، إذ المفروض أن الأصيل قد برئت ذمته من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٢) .

(٢) وتنص المادة ٣٤٧ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى : « يتحول الدين على المحال عليه بصفته التى على المحيل ، فإن كان حالا تكون الحوالة به حالة ، وإن كان مؤجلا تكون مؤجلة » .

ومن هذا الوقت لا يستطيع الدائن أن يستوفى الدين إلا من المحال عليه(١) . وليس له أن يطالب المدين الأصلى بشيء(٢) . وللدائن أن يستوفى الدين من المحال عليه بأى سبب من أسباب الاستيفاء : بالوفاء ، أو بالمقاصة ولو نشأ الدين الجديد فى ذمة الدائن لصالح المحال عليه فى الفترة مابين انعقاد الحوالة وإقرار

---

(١) وفى الفقه الإسلامى ، يوجد ، كما قدمنا ، ضرب من الحوالة يعرف بالحوالة المقيدة . وصورتها أن يتفق كل من المدين الأصلى والمحال عليه والدائن على أن يستوفى الدائن الدين الذى فى ذمة المدين الأصلى من دين فى ذمة المحال عليه لهذا المدين الأصلى ، فتقيد حوالة الدين باستيفائه من دين آخر للمدين الأصلى فى ذمة المحال عليه . وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى طائفة من النصوص فى هذه الحوالة المقيدة ، نكتفى بإيرادها فيما يلى :

م ٣٥٢ عراقى : إذا اشترط المحيل فى الحوالة ان يبيع المحال عليه عيناً مملوكة للمحيل ويؤدى الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال له الحوالة بهذا الشرط ، صحت الحوالة ، ولا يجبر المحال عليه على الدفع قبل البيع ، ويجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن .

م ٣٥٣ عراقى : ١ — إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر عارض بعدها ، فلا تبطل الحوالة . فلو أحال البائع غريمه على المشترى بثمن المبيع ، فهلك المبيع عند البائع قبل تسليمه للمشترى وسقط الثمن عنه ، أورد المبيع بخيار عيب أو غيره ، فلا تبطل الحوالة ، ويكون للمحال عليه بعد الأداء الرجوع بما أداه . ٢ — أما إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر سابق عليها ، وتبينت براءة المحال عليه منه ، فإن الحوالة تبطل . فلو أحال البائع غريمه على المشترى بثمن المبيع ، ثم استحق المبيع للغير ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل .

م ٣٥٤ عراقى : فى كل موضع ورد فيه استحقاق المبيع الذى أحيل بثمنه ، إذا أدى المحال عليه الثمن ، كان له الخيار فى الرجوع ، إن شاء رجع على المحال له القابض ، وإن شاء رجع على المحيل .

م ٣٥٥ عراقى : ١ — إذا أحال المدين غريمه على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده ، فهلكت الوديعة قبل أدائها للمحال له بلا تعد من الوديع ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل . واستحقاق الوديعة للغير مبطل للحوالة كهلاكها . ٢ — فإن كان هلاك الوديعة بتقصير الوديع أو تعديه ، فلا تبطل الحوالة .

م ٣٥٦ عراقى : ١ — إذا حال المدين غريمه على الغاصب حوالة مقيدة بالعين المغصوبة ، فهلكت العين فى يد الغاصب قبل ادائها للمحال له ، فلا تبطل الحوالة . ٢ — فإن استحقت العين المغصوبة للغير ، بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل .

أنظر أيضاً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٣٣٩ عراقى وقد سبق ذكرها : آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش .

(٢) وتنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى : « إذا قبل المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها ، برىء المحيل من الدين ومن المطالبة معاً ، وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه » .

الدائن لها ، أو بالتجديد ، أو باتحاد الذمة ، أو بالإبراء ، أو بغير ذلك(١) .

المبحث الثانى

انتقال الدين الى المحال عليه بضماناته

٣٣١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) وتنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى : « تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به ، أو بحوالته إياه على آخر ، أو بالإبراء أو باتحاد الذمة ، أو بأى سبب آخر يقضى الالتزام » .

وإذا أراد الدائن استيفاء الدين من المحال عليه ، فوجده معسراً إعساراً جزئياً ، زاحم بقية دائنى المحال عليه ، وما بقى له من الدين بعد ذلك يرجع به على المدين الأصلى إن كان له حق الرجوع عليه بالضمان ،وذلك فيما إذا أعسر المحال عليه قبل إقرار الدائن للحوالة (م ٣١٩ مدنى). وفى هذا المعنى تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « إذا مات المحال عليه مديناً ، يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال له بالحصص ، وما بقى للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل إذا كان له حق الرجوع » .

وبديهى أن نص التقنين العراقى السالف الذكر لا يعرض لحالة ما إذا كان الدين المحال به مضموناً برهن أو بامتياز أو بأى تأمين آخر . فإن كان مضموناً بشىء من ذلك ، فإن مزاحمة دائنى المحال عليه للدائن لا تنقطع فيما يتعلق بمال المحال عليه ، وتنقطع بداهة فيما يتعلق بالضمان فلا يزاحم دائنو المحال عليه الدائن فى المال المثقل برهن أو امتياز او نحو ذلك . والغريب أن الأستاذ حسن الذنون يأخذ على المادة ٣٥١ من التقنين المدنى العراقى أنها لم تذكر هذا الأمر البديهى ، وهى لو ذكرته لكان هذا فضولا ليس له مبرر وتزيداً لا محل له . والأغرب من ذلك أن الأستاذ ينعى فى هذه المناسبة على التقنين المدنى العراقى أنه لم يوفق فى الجمع بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى ، فيقول فى صدد هذا النص : « وهذا مثل آخر من أمثلة كثيرة جداً (كذا) تدل دلالة واضحة على عدم توفيق المشرع فى الجمع بين الفقهين الإسلامى والمدنى جمعاً غير متنافر ولا متناقض » (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٦) . ونحسب أن الأستاذ حسن الذنون قد تسرع فى تقدمه بهذا الحكم ، وكان واجب الأنصاف يقتضيه أن يكون أدق نظراً وأوسع أحاطة قبل أن ينعى على التقنين المدنى العراقى تناقضاً لا وجود له . أما المسألة التى أثارها فى خصوص حق الامتياز التام ، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر وكامتياز النفقة المستحقة فى ذمة المدين ، وقد جزم الأستاذ أن هذا ينتقل باعتباره وصفاً للدين إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، فهذه مسألة لا تزال محلا للنظر ، وسنشير إليها فيما يلى (أنظر فقرة ٣٣٢ فى الهامش) .

« ١ — تبقى للدين المحال به ضماناته .

« ٢ — ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيًا كان أو شخصيًا ، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة » (١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٨ — وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٠٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٨ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٨ (٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت فى آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى هذا نصها : « بالرغم من تغير شخص المدين » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم ضرورتها ، وأصبح النص كامل التطابق ، وصار رقمه ٣٣٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ — ص ١٤٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣١٨ (مطابقة للمادة ٣١٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبي م ٣٠٥ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٤٨ : ١ — تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغيير شخص المدين ، فإذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشترى البائع بالثمن على آخر ، فلا يسقط حق المرتهن فى الرهن ، ولا حق البائع فى حبس المبيع . أما إذا أحال المرتهن غريماً له على الراهن ، فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له ، وكذا إذا أحال البائع غريماً له على المشترى بالثمن يسقط حقه فى حبس العين المبيعة . ٢ — على أن من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه ، إلا إذا رضى الكفيل بالحوالة .

(وهذا النص حكمه يتفق مع حكم نص التقنين المصرى . وسنعرض فيما يلى إلى الحالة التى يحيل الدائن فيها على مدينه ديناً فى ذمته لدائن له ، فيحيل المرتهن غريماً له على الراهن أو يحيل البائع غريماً له على المشترى بالثمن ، وسنرى أن الحكم المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٤ من التقنين المدنى العراقى خاصاً بهذه الحالة ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٨٨ : إن التأمينات العينية تبقى قائمة بعد انتقال الدين . أما التأمينات الشخصية فتسقط ، إلا إذا وافق المسئولون على الاتفاق الذى عقد .

والنص ، كما نرى ، يعرض للنوعين من الضمانات : (١) الضمانات العينية التي تأتي من جهة المدين الأصلي (٢) والضمانات الشخصية أو العينية التي يقدمها كفيل من المدين الأصلي للدائن .

٣٣٢ — الضمانات العينية التي تأتي من جهة المدين الأصلي :

قد يكون المدين الأصلي قدم للدائن ضماناً للدين ، رهناً رسمياً أو رهناً حيازيا . أو يكون الدين مضموناً بحق امتياز أو حق اختصاص يثقل عيناً مملوكة للمدين . فتنتقل كل هذه الضمانات العينية مع الدين لمصلحة الدائن (١) .

= (وهذا النص حكمه يتفق في جملته مع حكم التقنين المصري ، إلا أن عبارة «التأمينات العينية» الواردة في التقنين اللبناني واسعة ، فهي تشمل الكفيل العيني ، والكفيل العيني في التقنين المصري لا يضمن المحال عليه إلا إذا رضي بالحوالة : انظر الدكتور صبحي محمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٥) .

(١) أما التقنين المدني الألماني ، فإن المادة ٤١٨ منه تقضي بأن حوالة الدين تنهي الكفالة ورهن الحيازة اللذين كانا يضمنان الدين قبل الحوالة . وإذا وجد رهن رسمي كان ضامناً للدين قبل حوالته ، فإن رضاء الدائن بالحوالة يكون بمثابة نزول منه عن هذا الرهن . ولكن هذه الأحكام لا تسري إذا كان الكفيل الشخصي ، أو من كان مالكاً وقت الحوالة للعين المرهونة في الدين ، قد رضي بالحوالة . وإذا كان للدين امتياز التقدم على غيره من الديون عند إفلاس المدين ، فإن هذا الامتياز لا يجوز التمسك به في مال المحال عليه إذا أفلس — ويقول المعلقون على التقنين المدني الألماني في صدد هذا النص ما يأتي : ١ — إن الرهن الذي رتبه المدين على عين مملوكة له ضماناً للدين يبقى ضامناً له بعد الحوالة ، إذا كان المدين هو الذي عقد الحوالة مع المحال عليه وأقرها الدائن . أما إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ولم يشترك فيها المدين ، فرضا الدائن بالحوالة مع عدم اشتراك المدين فيها يعد نزولا منه عن الرهن . (٢) في حالة ما إذا رتب المدين رهناً رسمياً على عقار مملوك له لضمان الدين ، ثم انتقلت ملكية العقار إلى أجنبي (حائز للعقار) قبل الحوالة ، فإن الرهن لا يكون ضامناً للدين بعد الحوالة ، ولو انعقدت بالاتفاق مع المدين الأصلي ، إلا إذا رضي الحائز للعقار أيضاً بهذه الحوالة . ذلك أن قبول الدائن للحوالة دون أن يرضى بها الحائز للعقار يعد بمثابة نزول من الدائن عن الرهن . ٣ — لا يضمن الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، الدين بعد انتقاله بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ، إلا إذا رضي بهذه الحوالة . ٤ — حق الامتياز الذي يكون ضامناً للدائن قبل الحوالة ، ولو كان حق امتياز عام ، لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة . ذلك أن حق الامتياز أسبقية يقررها القانون للدين الممتاز ، فلا يصح أن يسبق الدائن المحال دائني المحال عليه في مال هذا الأخير بمقتضى أسبقية قررها القانون في مال آخر غير هذا المال . انظر في كل ذلك التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٨ ص ٦١٧ — ص ٦٢١ . =

فاذا كان المدين الأصلي قدم عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً أو عيناً مرهونة رهن حيازة ضماناً لدينه ، ثم تحول الدين إلى ذمة المحال عليه — سواء كان ذلك باتفاق المدين الأصلي مع المحال عليه وإقرار الدائن أو كان باتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه (١) — بقى هذا الدين مضموناً بالرهن الرسمي أو رهن الحيازة كما كان وهو فى ذمة المدين الأصلي. ويصبح المدين الأصلي فى هذه الحالة بمثابة

= وأما تقنين الالتزامات السويسرى، فتقضى المادة ١٧٨ منه، على العكس من التقنين المدنى الألمانى ، بأن التأمينات التى كانت تضمن الدين قبل الحوالة تبقى ضامنة له بعدها ، ومع ذلك لا يكون الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، ضامناً للدين بعد حوالته إلا إذا رضى بالحوالة .

ونرى من ذلك أن الأحكام التى تضمنها تقنين الالتزامات السويسرى هى التى سار عليها التقنين المدنى المصرى .

ويقول الأستاذان شيرون ومحمد صادق فهمى فى مقالها فى مجلة مصر المعاصرة : (١) إن التقنينين الألمانى والسويسرى يتقاربان فى الواقع ، ولو أن كلا منهما أخذ بمبدأ يخالف المبدأ الذى أخذ به الآخر . ذلك أن كلا منهما أدخل من الاستثناءات على المبدأ الذى أخذ به ما جعل التقارب يتحقق بين التقنينين . فالتقنين الألمانى بدأ بتقرير أن التأمينات لا تنتقل ، ولكنه استثنى الرهن الذى رتبه المدين على عين مملوكة له ثم رضى بالحوالة ، واستثنى كذلك الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، إذا رضى بالحوالة . والتقنين السويسرى بدأ بتقرير أن التأمينات تنتقل ، ولكنه استثنى الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، إذا لم يرض بالحوالة . (٢) إن حق الامتياز العام الذى كان ضامناً للدين قبل الحوالة ينبغى أن ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، ذلك أن الامتياز العام ليس إلا وصفاً للدين ، والحوالة تنقل الدين بالوصف الذى هو عليه . أنظر فى كل ذلك مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٦ و ص ٦٤ — ص ٦٥ .

ويتبين مما تقدم أن الأحكام التى أخذ بها كل من تقنين الالتزامات السويسرى والتقنين المدنى المصرى تختلف عن الأحكام التى أخذ بها التقنين المدنى الألمانى فيما يأتى : (١) الرهن الذى يرتبه المدين الأصلي على عين مملوكة له ضماناً للدين ، فى التقنين الألمانى ، لا يبقى بعد الحوالة ضامناً له إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي . أما فى التقنينين المصرى والسويسرى، فإن هذا الرهن يبقى ضامناً للدين . (٢) إذا انتقل العقار المرهون رهناً رسمياً فى الدين إلى أجنبى (حائز للعقار) ، فى التقنين الألمانى ، فإن الرهن لا يضمن الدين بعد حوالته إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة . أما فى التقنينين المصرى والسويسرى، فإن هذا الرهن يبقى ضامناً للدين ولو لم يرض الحائز للعقار بالحوالة . (٣) حق الامتياز العام الذى كان يضمن الدين قبل حوالته لا ينتقل ، بنص صريح فى التقنين الألمانى ، إلى مال المحال عليه بعد الحوالة . ولا يوجد نص فى هذه المسألة فى أى من التقنينين المصرى والسويسرى .

(١) وقد رأينا أن التقنين المدنى الألمانى لا يجعل الرهن فى هذه الحالة ضامناً للدين بعد الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي .

كفيل عيني . فإن ذمته قد برئت من الدين بالحوالة ولكن ماله بقى مرهوناً لضمان الدين . وإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى أجنبي ، فإنها تبقى مثقلة بالرهن ضماناً للدين وهى فى يد هذا الحائز للعقار (١) .

وإذا كان الدين المحال به قد صدر به حكم نهائى واستطاع الدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار للمدين ، ثم تحول الدين إلى المحال عليه ، فإن حق الاختصاص يبقى ضامناً للدين على النحو الذى قدمناه فى الرهن ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين بالحوالة ولكن عقاره المأخوذ عليه حق اختصاص يبقى مثقلا بهذا الحق ضماناً للدين .

وإذا كان الدين المحال به مضموناً بحق امتياز ، بأن كان مثلا ثمن مبيع ، وحول المشترى الثمن الذى فى ذمته إلى مدين جديد ، فإن الدائن يبقى محتفظاً بحق امتيازه على العين المبيعة وهى فى يد المشترى ، كما فى الرهن وحق الاختصاص ، ولو أن ذمة المشترى قد برئت من الدين (٢) .

كذلك يبقى الدائن محتفظاً بحقه فى حبس العين المبيعة إذا لم يكن قد سلمها للمشترى ، إلى أن يستوفى الثمن من المحال عليه الذى انتقل الدين إلى ذمته . ويلحق هنا الحق فى الحبس بالضمانات العينية ، وإن لم يكن هو نفسه ضماناً عينياً فى التقنين المدنى الجديد(٣) . وهذا الحكم قد ورد صراحة فى الفقرة الأولى

---

(١) وقد رأينا أن التقنين المدنى الألمانى لا يجعل الرهن فى هذه الحالة ضامناً للدين إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة .

(٢) أما إذا كان هناك حق امتياز عام ، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال والمبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس والنفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدنى) ، فقد رأينا أن التقنين المدنى الألمانى (م ٤١٨) ينص صراحة على أنه لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، ورأينا الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مقالهما بمجلة مصر المعاصرة يذهبان إلى أن هذا الامتياز ينبغى أن ينتقل إلى مال المحال عليه . وإذا قسنا حق الامتياز العام على حقوق الامتياز الخاصة ، ولم نقل إن حق الامتياز العام هو مجرد وصف فى الدين الممتاز ، وجب القول بأن هذا الحق لا ينتقل إلى مال المحال عليه ، ولكنه يبقى فى مال المدين الأصلى ، كما كان قبل الحوالة ، ضامناً للدين الذى انتقل إلى ذمة المحال عليه .

(٣) أنظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٦٣٩ .

من المادة ٣٤٨ من التقنين المدنى العراقى (١) .

٣٣٣ – الضمانات الشخصية أو العينية التى يقدمها كفيل المدين للدائن : وقد يكون الدين المحال به مكفولا بشخص غير المدين الأصلى كفالة شخصية أو كفالة عينيـة ، بأن يكون للمدين كفيل شخصى ، أو كفيل عينى قدم رهناً لضمان الدين . وتنص الفقرة الثـانية من المادة ٣١٨ مدنى فى هـذه الحالة ، كما رأينا ، على أنه « لا يبقى الكفيل ، عينيـاً كان أو شخصيـاً ، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة » .

---

(١) انظر نص هذه المادة آنفا فقرة ٣٣١ فى الهامش — وقد ورد فى آخر الفقرة الأولى من هذه المادة العبارة الآتية : « أما إذا أحال المرتهن غريماً له على الراهن ، فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له ، وكذا إذا أحال البائع غريماً له على المشترى بالثمن يسقط حقه فى حبس العين المبيعة » . وواضح أن الحوالة هنا حوالة دين لا حوالة حق ، ولو كانت حوالة حق لما سقط حق الرهن أو الحق فى حبس العين المبيعة . ففى حالة الدائن المرتهن ، المفروض أن لهذا الدائن غريماً أى دائناً ، فأراد أن يوفيه حقه ، فوفاه إياه عن طريق إحالته على مدينه الراهن . وهذه حوالة دين ، فان الدائن المرتهن نقل الدين الذى فى ذمته إلى ذمة مدينه الراهن فى مقابل الدين الذى له فى ذمة هذا المدين وهو الدين المضمون بالرهن ، فانقضى الدين المضمون بالرهن قصاصاً وسقط الرهن تبعاً لذلك . وبرئت ذمة الدائن المرتهن من الدين الذى كان فى ذمته لدائنه . وأصبح هذا الدائن الأخير دائناً للمدين الراهن ، ولكن لا بالدين المضمون بالرهن فهذا الدين قد انقضى كما قدمنا ، بل بالدين الذى كان فى ذمة الدائن المرتهن ثم حول إلى ذمة المدين الراهن ، ومن ثم لا يكون هذا الدين مضموناً بالرهن — وهذا هو الأمر فى حالة البائع الذى أحال غريمه على المشترى بالثمن ، فقد نقل البائع الدين الذى فى ذمته لغريمه إلى ذمة المشترى فى مقابل الثمن الذى له ، فسقط الثمن قصاصاً و نقضى بسقوطه الحق فى حبس العين المبيعة . وأصبح دائن البائع هو الدائن للمشترى ، ولكن لا بدين الثمن الذى كان للبائع فقد سقط هذا الدين كما قدمنا ، بل بالدين الذى كان فى ذمة البائع لدائنه وقد حوله البائع إلى ذمة المشترى .

ويتبين فى وضوح مما تقدم أنه لا شك فى أن الحوالة التى نحن بصددها هى ، كما سبق القول ، حوالة دين لا حوالة حق . وقد ظن الأستاذ حسن الذنون (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٢٣) أنها حوالة حق ، فقال عند الكلام فى الفقرة الأولى من المادة ٣٤٨ عراقى ما يأتى : « على أن هذه الفقرة تقرر فى قسمها الأخير بأنه إذا أحال الدائن المرتهن غريماً له على الراهن فإن حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له ، وكذلك إذا أحال البائع غريماً له على المشترى فقد سقط حقه فى حبس العين المبيعة . وواضح جداً ألا علاقة لهذه الأمثلة بحوالة الدين ، فهى حوالة حق . وهذا مظهر من مظاهر الخلط والارتباك اللذين وقع فيهما المشرع العراقى كثيراً عندما حاول التوفيق بين فقه القانون المدنى وفقه الشريعة الإسلامية » (انتهى فتأمل ! !)

وهـذا الحكم طبيعى ، فان الكفيل ، ولو كان عينيـا ، أجنبى عن الحوالة . وهو إنما رضى بكفالة المدين الأصلى بالذات ، كفالة شخصية أو كفالة عينية . فاذا تحول الدين إلى ذمة شخص آخر غير المدين الأصلى ، أى إلى المحال عليه ، وجب أن يرضى الكفيل بهذه الحوالة أيضاً حتى يعتبر كفيلا لشخص غير المدين الأصلى الذى رضى أن يكفله .

ويستوى فى ذلك أن يكون الكفيل متمتعاً بحق تجريد المدين الأصلى أو محروماً من هذا الحق ، وأن يكون غير متضامن مع المدين الأصلى أو متضامناً معه . ولا يعترض على ذلك بأن الكفيل ، فى حالتى الحرمان من حق التجريد والتضامن ، يمكن الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين الأصلى ، فلم يعد يعنيه شخص هذا المدين مادام الدائن يستطيع أن يتخطاه وأن يرجع على الكفيل أولا . فان هذا الاعتراض يمكن دفعه بأن الكفيل ، حتى إذا جاز الرجوع عليه أولا ، لايزال معتمداً على شخص المدين الأصلى ، لأنه إن دفع الدين كان له الرجوع به على هذا المدين ، فيبقى شخصه هاماً بالنسبة إليه ، ولا يجوز أن يتغير عليه عن طريق الحوالة إلا إذا رضى بذلك(١) .

ويدعو هذا إلى بحث نوع من الكفالة الشخصية هو التضـامن . فلو فرضنا

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لما كانت حوالة الدين تقتصر على إبدال المدين مع بقاء الدين ذاته ، فن الطبيعى أن يظل ما يتبع هذا الدين من التأمينات ملحقاً به ... بيد أن كفيل المدين الأصلى ، شخصياً كان أو عينياً ، قد لا يرتضى كفالة المدين الجديد ، كما لو كان أقل ملاءة . وهذا عنى المشروع بحمايته . فاشترط فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥١ (م ٣١٨ مدنى) رضاءه بالحوالة ، وإلا برئت ذمته من الكفالة . وقد يقال إن تنازل الكفيل عن حق التجريد يفيد أنه ارتضى أن توجه إليه المطالبة قبل توجيهها إلى المدين ، وأنه لم يعلق أهمية خاصة على شخص المدين وملاءته ، وبهذا تنتفى ضرورة اشتراط رضائه بالحوالة لبقاء الكفالة . بيد أنه يراعى أن الكفيل لا يكفل معتمداً على ثقته فى وفاء مدين من ماله فحسب ، بل وعلى ثقته فى قيام هذا المدين بالوفاء عند حلول الأجل وانتفاء الحاجة إلى الرجوع عليه تفريعاً على ذلك . فعلة الكفالة ، والحال هذه ، هى الثقة الشخصية ، وهذه لا تتأثر فى قليل أو كثير بالنزول عن حق التجريد . وصفوة القول أن التزام الكفيل لا يظل قائماً فى جميع الأحوال إلا إذا رضى بالحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢ — ص ١٥٣). ويضاف إلى ما جاء فى المذكرة الإيضاحية ما قدمناه أن الكفيل يعتمد فى كل حال على ماله من حق الرجوع على المدين الأصلى ، فشخص هذا المدين له أكبر الأثر فى قبوله الكفالة .

أن المدين الأصلى الذى حول دينه إلى مدين جديد كان معه مدينون متضامنون فى هذا الدين ، فهل يبقى هؤلاء المدينون متضامنين مع المدين الجديد (المحال عليه) كما كانوا متضامنين مع المدين الأصلى ؟ لاشك فى أنهم إذا رضوا بالحوالة أصبحوا متضامنين مع المدين الجديد ، وسرت الحوالة فى حقهم لرضائهم بها . أما إذا لم يرضوا بالحوالة ، فيبدو أنها لا تسرى فى حقهم فيما يضرهم ويستطيعون التمسك بها فيما ينفعهم ، تطبيقاً لمبدأ أساسى قررناه فى التضامن . فاذا طالب الدائن أحدهم بالدين ، كان لهذا المدين أن يدخل المحال عليه فى الدعوى للحكم عليه بحصته فى الدين . وإذا وفى هذا المدين الدين كله للدائن دون أن يدخل المحال عليه فى الدعوى ، ورأى أن المدين الأصلى أكثر ملاءة من المحال عليه ، كان له أن يرجع عليه هو — لا على المحال عليه — بحصته فى الدين(١) .

المبحث الثالث

انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه

٣٣٤ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة(٢) .

---

(١) أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين إلى محال له واستبقى المدينين الباقين ، فقد قدمنا أنه يصبح هو والمحال له ، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين ، دائنين بالتضامن، على غرار المدينين بالتضامن (انظر آنفا فقرة ١٢٧ فى الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلى من دفوع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصاً بشخص المدين ، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخصه هو . ٢ — وله أيضاً أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى إذا كانت تلك الرابطة هى السبب فى حوالة الدين وكان الدائن يعلم ذلك » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات فى الفقرة الأولى تجعل المعنى أدق ، —

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق الذى لم ينظم حوالة الدين كما مر .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٠ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٧ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٩ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٩(١) .

ونستعرض فى هذا الصدد : (١) الدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها (٢) الدفوع المستمدة من عقد الحوالة (٣) الدفوع المستمدة من العلاقة مابين المدين الأصلى والمحال عليه .

٣٣٥ - الدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها : لما كان الدين الذى ينتقل إلى ذمة المحال عليه هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين الأصلى ، وقد أصبح المحال عليه خلفاً للمدين الأصلى فى هذا الدين ، فانه يترتب على ذلك أن جميع الدفوع التى كان المدين الأصلى يستطيع أن يدفع بها هذا الدين يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن .

= وحذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ و ص ١٥٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣٢٠ (مطابقة للمادة ٣٢٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٠٧ (مطابقة للمادة ٣٢٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٤٩ : للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصاً بشخص المحيل ، وإنما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصاً بشخصه هو . (وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدى من التقنين المدنى المصرى فى فقرته الأولى ، ويتفق فى الحكم مع التقنين المدنى المصرى - انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٨٩ : إن أسباب الدفع ووسائل الدفاع الملازمة للدين تنتقل من المديون إلى من التزم الدين . أما الوسائل المختصة بشخص المديون السابق ، فلا يحق للمديون الجديد أن يتذرع بها ، بل يحق له أن يدلى بأسباب الدفع ووسائل الدفاع المختصة بشخصه (وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين المصرى - انظر الأستاذ صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٧ - ص ٥٩) .

وهذه الدفوع كثيرة متنوعة ، منها مايرجع إلى بطلان الدين ، ومنها مايرجع إلى فسخه ، ومنها مايرجع إلى انقضائه .

فمن أوجه البطلان أن يكون الدين ناشئاً من عقد باطل لسبب يرجع إلى التراضى ، أو يرجع لعدم توافر الشروط اللازمة فى المحل ، أو يرجع لعدم مشروعية السبب . أو يكون الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال . ولكن يلاحظ أنه إذا كان الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، فمن ناحية قد يكون هذا الدفع شخصياً للمدين الأصلى وليس للمحال عليه أن يتمسك بدفع خاص بشخص المدين الأصلى (١) ، ومن ناحية أخرى أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه فقد يعتبر انعقادها برضاء المدين الأصلى إجازة للبطلان المستمد من نقص الأهلية . كذلك إذا كانت أوجه البطلان راجعة إلى الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، وعلم المدين الأصلى بسبب البطلان ، وبالرغم من علمه هذا اتفق على الحوالة مع المحال عليه ، فان هذا الاتفاق قد يعتبر إجازة ضمنية لسبب البطلان . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، وكانت هناك أوجه البطلان ترجع إلى عيوب فى إرادة المدين الأصلى ، فانه لا يمكن القول فى هذه الحالة أن الحوالة — ولم يكن المدين الأصلى طرفاً فيها — تعتبر إجازة ضمنية للبطلان ، بل يجوز للمحال عليه أن يتمسك من هذه الأوجه بما كان يستطيع المدين الأصلى أن يتمسك به . وكذلك لو كان وجه البطلان نقصاً فى أهلية المدين الأصلى ، وتمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ، فما لم يكن المحال عليه وقت الحوالة عالماً بنقص الأهلية حيث يمكن القول إنه قد نزل بقبوله الحوالة عن التمسك بهذا الدفع ، فانه يبدو أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بنقص أهلية المدين الأصلى . وإن كان هناك رأى يذهب

---

(١) انظر المشروع التمهيدى لنص المادة ٣٢٠ وانظر تاريخ هذا النص آنفاً فقرة ٣٣٤ فى الهامش — وهذا ما يقضى به تقنين الالتزامات السويسرى (م ٢/١٧٩) بخلاف التقنين المدنى الألمانى (انظر فى ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣ — ص ٦٤) .

إلى أن الدفع بنقص الأهلية خاص بشخص المدين الأصلى فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك به فى أية حال .

ومن الدفوع ما يرجع إلى فسخ الدين . ويتحقق ذلك مثلا إذا كان الدين المحال به ثمناً فى عقد بيع تم بين الدائن والمدين الأصلى ، ثم لم يسلم الدائن المبيع إلى المدين الأصلى . فان هذا المدين كان له — لو بقى الثمن فى ذمته ولم يحل به على غيره أن يدفع بالمطالبة بفسخ البيع . وكذلك يستطيع المحال عليه أن يطالب بفسخ البيع مكانه (١) .

ومن الدفوع أخيراً ما يرجع إلى انقضاء الدين . فقد يكون الدين انقضى بالوفاء ، ويتحقق ذلك إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ويكون هذا قد وفى بالدين . فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بانقضاء الدين عن طريق الوفاء . ومثل الوفاء التجديد واستحالة الوفاء والإبراء والتقادم . أما المقاصة التى تكون بين الدين المحال به ودين للمدين الأصلى فى ذمة الدائن ، فالظاهر أن المحال عليه فى إحدى صورتى الحوالة لا يستطيع أن يتمسك بها قبل الدائن ، ويستطيع التمسك بها فى الصورة الأخرى . ذلك أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها المدين الأصلى (م٣٦٥مدنى) ، ويجوز له النزول عن التمسك بها . فاذا كان هو الذى عقد الحوالة مع المحال عليه ، فهذا دليل على أنه لا يريد التمسك بالمقاصة ، فحول الدين الذى فى ذمته إلى المحال عليه ليطالب بالدين الذى له فى ذمة الدائن ، فلا يجوز فى هذه الصورة أن يتمسك المحال عليه بالمقاصة بعد أن نزل عنها المدين الأصلى . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه قبل أن يتمسك المدين الأصلى بالمقاصة ، فيبدو لنا أن المحال عليه يستطيع فى هذه الصورة أن يتمسك بالمقاصة كما يستطيع المدين الأصلى أن يتمسك بها ، إذ أن كلا منهما له مصلحة فى ذلك (٢).

---

(١) ويستطيع المشترى كذلك أن يدفع بوقف تنفيذ العقد ، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بذلك هو أيضاً ، إلا إذا قيل إن الدفع بوقف التنفيذ دفع خاص بشخص المدين .

(٢) أما التقنين المدنى الألمانى ، فيقضى بنص صريح (م ٤١٧) ، بأن المحال عليه لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التى كان المدين الأصلى يستطيع أن يتمسك بها ، وذلك لأن المقاصة ، فى هذا التقنين لا تقع إلا بإعلان عن الإرادة كما سبق (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى =

وهذا مالم يكن المحال عليه يعلم بسبب المقاصة وقت أن قبل الحوالة ، فقد يستخلص من هذا العلم أنه نزل بذلك عن التمسك بالمقاصة . ولكن هذا لا يمنع المدين الأصلي من التمسك بها ، فاذا ما فعل أمكن المحال عليه بعد ذلك أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة .

هذا وقد كان المشروع التمهيدي (م ١/٤٥٣ من هذا المشروع) ينص على أن « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفوع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصا بشخص المدين ، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخصه هو » (١) . وبالرغم من تعديل هذا النص ، فان الأحكام التي وردت فيه صحيحة . وقد رأينا أنه لا يجوز

= جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥) – وهذا هو الحكم أيضاً في القانون السويسري ، دون أن يرد نص صريح بذلك في تقنين الالتزامات السويسري كما ورد في التقنين المدني الألماني (انظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣) .

وقد رأينا ، في حوالة الحق ، أن الفقرة الثانية من المادة ٣٦٨ مدني تقضي بأنه « إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » . ويظهر الفرق واضحاً في هذه المسألة بين حوالة الحق وحوالة الدين فيما لو كانت حوالة الدين قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فإن المدين في حوالة الدين رضي بالحوالة فنزل عن المقاصة كما قدمنا ، أما المدين في حوالة الحق فلم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا يمكن القول هنا بأنه نزل عن المقاصة كما أمكن القول بذلك في حوالة الدين . بقيت الحالة التي تنعقد فيها حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصلي ، فإن المدين الأصلي في هذه الحالة لم يقبل الحوالة حتى يفترض أنه قد نزل بهذا القبول عن المقاصة . وقد قدمنا أن المحال عليه يستطيع في هذه الحالة أن يتمسك بالمقاصة لأن له مصلحة في ذلك . وكذلك المدين الأصلي يبقى محتفظاً بحقه في التمسك بالمقاصة . فاذا تمسك بها سقط الدين الذي كان في ذمته للدائن قصاصاً في الدين الذي كان في ذمة الدائن له ، وذلك بأثر رجعي من وقت تلاقي الدينين أي في وقت سابق على الحوالة . فيستطيع المحال عليه من هذا الطريق أيضاً أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة إذا طالبه به الدائن ، ويمتنع عليه الرجوع بشيء على المدين الأصلي لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه ، وهذه هي المصلحة التي تدفع المدين الأصلي إلى التمسك بالمقاصة . ونحن في هذا الرأي الذي نقول به إنما نقيس المدين الذي يتمسك بالمقاصة بعد حوالة دينه على المدين الذي يتمسك بالمقاصة بعد تقادم حقه (انظر م ٣٦٦ مدني) ، فكلاهما يتمسك بالمقاصة في دين أو حق قد سقط عنه – الدين بالحوالة والحق بالتقادم – مادام التلاقي بالحق أو الدين المقابل قد تم في وقت سابق على هذا السقوط .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدني آنفاً فقرة ٣٢٤ في الهامش .

للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص المدين الأصلي ، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق في الحبس (١) ، وكالدفع بنقص الأهلية وبوقف تنفيذ العقد في رأى. أما الدفوع الخاصة بشخص المحال عليه ، فيستطيع هذا بداهة أن يتمسك بها ، ومن ثم يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بمقاصة وقعت بين الدين المحال به ودين له في ذمة الدائن ، كما يستطيع أن يتمسك باتحاد الذمة بينه وبين الدائن (٢) .

٣٣٦ — الدفوع المستمدة من عقد الحوالة : كذلك للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفوع المستمدة من عقد الحوالة. ذلك أن الحوالة ، كما رأينا إما أن تتم باتفاق من المدين الأصلي والمحال عليه ، وإما أن تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

فان تمت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، ثم أقرها الدائن ، فان حق الدائن في مطالبة المحال عليه بالدين مستمد من هذا الاتفاق الذي أقره . فان كان للمحال عليه دفع مستمد من هذا الاتفاق ، فمن حقه أن يتمسك به قبل الدائن . مثل ذلك أن يدفع المحال عليه ببطلان الحوالة لانعدام التراضي ، أو لعدم مشروعية المحل بأن كان الدين المحال به دين قمار مثلا ، أو لعدم مشروعية السبب بأن قبل الحوالة مثلا لاستدامة علاقة جنسية غير مشروعة . ومثل ذلك أيضاً أن يطالب المحال عليه بابطال الحوالة لنقص في أهليته أو لعيب

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وعلى نقيض ذلك لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص الأصيل ، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق في الحبس . وقد يقصد إيثار الأصيل شخصياً بالإبراء من الدين أو بامتداد الأجل وعندئذ يمتنع التمسك بهما على المحال عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤) .

(٢) وقد يقال إنه مادامت الحوالة لا تنعقد في كل من صورتيها إلا برضاء المحال عليه ، وما دام المحال عليه قد رضى بأن يتحول الدين إلى ذمته ، فإنه يكون قد أقر بوجود الدين ، فينبغي أن يرتبط بهذا الإقرار ، ومن ثم لا يجوز له التمسك بأي دفع ولو كان متعلقاً بذات الدين وغير خاص بشخص المدين . وهذا اعتراض يمكن دفعه بأن رضاء المحال عليه بالحوالة انما ينصرف إلى قبوله تحمل الدين في حدود التزام المدين الأصلي به ، فاذا قبل أن يلتزم إلى مدى أبعد من هذه الحدود ، وجب أن يكون ذلك باتفاق خاص (انظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ — التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٤)

وقع فى إرادته ، أو أن يطالب بانعدام الحوالة إذا كانت معلقة على شرط فاسخ تحقق أو شرط واقف لم يتحقق .

وإن تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فمن باب أولى يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن – الذى كان طرفاً فى العقد – بجميع العيوب التى تلحق هذا الاتفاق ، من تراض معدوم ، أو محل غير مشروع ، أو سبب غير مشروع ، أو نقص فى الأهلية ، أو عيب فى الإرادة ، أو تحقق شرط فاسخ ، أو عدم تحقق شرط واقف .

٣٣٧ – الدفوع المستمدة من العلاقة مابين المدين الأصلى والمحال عليه : يحدث كثيراً أن يكون سبب الحوالة موجوداً فى العلاقة التى تقوم مابين المدين الأصلى والمحال عليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً إلى آخر ، وفى عقد البيع ذاته يحول إلى المشترى الدين المضمون بالرهن حتى ينتقل إليه مع العقار المرهون (٣٢٢ مدنى) . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع صاحب المتجر متجره ، ويحول إلى المشترى فى عقد البيع ذاته الديون التى على المتجر . فالمحال عليه فى هذين المثلين هو المشترى : مشترى العقار المرهون أو مشترى المتجر ؛ وعلاقته بالمدين الأصلى – وهو البائع – يحددها عقد البيع : بيع العقار أو بيع المتجر . وفى هذه العلاقة بالذات يقوم سبب الحوالة ، فلولا البيع لما كانت الحوالة . فاذا فرضنا أن البيع قد فسخ لسبب يقتضى الفسخ ، بأن أخل البائع بأحد التزاماته مثلا ، فهل يستطيع المشترى المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع ، فيمتنع عن دفع الدين المحال به الذى ماكان ليقبل نقله إلى ذمته لولا أنه اشترى العقار المرهون أو المتجر ؟

تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى – وهى أصل المادة ٣٢٠ مدنى – على هذا السؤال بما يأتى : « وله (أى للمحال عليه) أيضاً أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى ، إذا كانت تلك الرابطة هى السبب فى حوالة الدين وكان

الدائن يعلم ذلك »(١) . ويستخلص من مفهوم هذا النص أن الدائن إذا كان يعلم وقت الحوالة أن المحال عليه ما كان ليقبل الحوالة لولا أنه اشترى العقار المرهون أو اشترى المتجر ، فانه يكون من حق المحال عليه عندئذ أن يتمسك قبله بفسخ البيع ، فيمتنع عن الوفاء له بالدين المحال به . وبمقتضى مفهوم العكس ، إذا لم يكن الدائن قد علم وقت الحوالة بهذا السبب ، لم يجز للمحال عليه أن يتمسك قبله بفسخ البيع ، بل يبقى ملتزماً أن يفي بالدين المحال به بالرغم من هذا الفسخ ، وله الرجوع على المدين الأصلى بما يدفع للدائن(٢) .

وهذا هو الحكم الذى نرى الأخذ به فى هذه المسألة الدقيقة . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى ، وهى النص الذى نستمد

---

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفاً فقرة ٣٢٤ فى الهامش .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ لحكم حوالة الدين من حيث إمكان اعتبارها تصرفاً قانونياً مجرداً ينعزل عن سببه ، كما هو الشأن فى حوالة الحق . ويراعى أن وجه الحكم بين لا سبيل إلى الشك فيه متى انعقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمعزل عن الأصيل . فالواقع أن الحوالة تكون فى هذه الحال مستقلة كل الاستقلال عن رابطة المدين الأصيل بالمدين الجديد ، ولا يكون للمحال عليه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلى . ولكن وجه الحكم يختلف عن ذلك متى كانت هذه الرابطة قد قامت مقام السبب من الحوالة ، كما هو الشأن فى بيع محل تجارى أو بيع عقار مع حوالة الديون المضمونة برهون عقارية على المشترى ، فإن الحوالة تعتبر شقاً من البيع . وغنى عن البيان أن هذه الحالة تختلف كل الاختلاف عن حالة انعقاد الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة ، إذ أن هذا التعاقد مستقل من كل وجه عن علاقة المحال عليه بالمدين الأصيل . أما الحالة الثانية فيعرض فيها وضع مركب ، فعلاقات المدينين هى التى تعتبر سبباً قانونياً لالتزام المحال عليه قبل الدائن . ولو قيل بغير ذلك لندر أن يتصدى شخص لتحمل دين عن شخص آخر فى مثل هذه الحالة . وللمحال عليه وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ ، أن يحتج على الدائن بالدفع بعدم الوفاء استناداً إلى تخلف الأصيل عن الوفاء بالتزامه فى بيع عقد بينهما ، وله كذلك أن يحتج عليه بالتقايل فى هذا البيع . على إنه يشترط للتمسك بمثل هذه الدفوع أن يكون الدائن — والمفروض أنه يظل بمعزل عن الحوالة — قد علم بشروطها . وليس ينبغى أن يغيب عن البال أن هذه القاعدة مفسرة أو متممة فللمتعاقدين ملء الخيار فى الخروج عليها .. ويراعى من ناحية أخرى إنه إذا خصص دين كان المحال عليه ملزماً به قبل المدين الأصيل ، وكان هذا الدين باطلا ، فلا يكون المحال عليه ملزماً قبل الدائن بأكثر من التزامه قبل المدين الأصيل ، ويكون له أن يتمسك قبل الدائن ببطلان دينه قبل المدين الأصيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ — ص ١٥٥) .

منه هذا الحكم ، قد حذفت فى لجنة المراجعة ، فهى لم تحذف لأن الحكم المستمد منها غير صحيح ، بل لعدم ضرورتها(١) ، إذ يغنى عنها تطبيق القواعد العامة . وإذا رجعنا إلى القواعد العامة فى نظرية السبب ، رأينا أن سبب الحوالة فيما قدمناه من الأمثلة ، أى الباعث الذى دفع المحال عليه إلى قبول الحوالة ، هو شراؤه للعقار المرهون أو للمتجر ، وهو سبب فرضنا أن الدائن يعلم به . فاذا فسخ بيع العقار أو المتجر ، انعدم السبب ، وبطلت الحوالة . ولا يمكن أن نجرد التزام المحال عليه من سببه ، فيكون التزاماً مجرداً (obligation abstraite) ، إلا بنص صريح . وهذا النص قد وجد فى كل من التقنين المدنى الألمانى (م ٤١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٩) ، فكان التزام المحال عليه فى هذين التقنينين التزاماً مجرداً، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلى والتى كانت سبباً لالتزامه(٢) . أما فى التقنين المدنى المصرى ، فلا يوجد نص بهذا المعنى . بل كان قد وجدنص بعكسه ، ولم يحذف هذا النص إلا لعدم الحاجة إليه ، وا كتفاء بتطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن تطبيق هذه القواعد فى نظرية السبب يؤدى إلى الحكم الذى نقول به (٣) .

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٦ — وانظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفا فقرة ٣٣٤ فى الهامش .

(٢) فاذا اشترى شخص داراً ، وتحمل فى عقد البيع بدين على البائع كان هذا قد اقترضه من آخر ، فإن المشترى المحال عليه يستطيع فى التقنين المدنى الألمانى ، أن يحتج على الدائن المقرض بالدفوع المستمدة من عقد القرض وهو مصدر الدين المحال به ، ولكنه لا يستطيع أن يحتج على هذا الدائن بالدفوع المستمدة من الرابطة التى قامت بينه وبين المدين الأصلى ، وهى رابطة البيع ، فلا يجوز مثلا أن يحتج على الدائن المقرض بسبب خفى فى الدار المبيعة (مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٠ — وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى مثل ذلك أيضاً فى نفس المقال ص ٦٤) .

وانظر فى التقنين المدنى الألمانى التعليقات على هذا التقنين جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥ — ص ٦١٦ .

(٣) وهذا بخلاف الإنابة فى الوفاء (délégation) ، فنرى أن المناب لا يحتج على المناب لديه بالدفوع التى يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، فالإنابة تصرف مجرد فى هذه الناحية ، وذلك —

الفرع الثانى

علاقة الدائن بالمدين الأصلى

٣٣٨ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، مالم يتفق على غير ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، إذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين كما قدمنا .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٩ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠٦ – وفى التقنين المدنى العراقى

= بموجب نص صريح ورد فى القانون هو المادة ٣٦١ مدنى (أنظر فقرة ٥٢٤ فيما يلى) . وقد فرضنا فى الأمثلة التى قدمناها أن حوالة الدين انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ثم أقرها الدائن ، فأمكنه بذلك أن يتصل بالسبب الذى التزم من أجله المحال عليه بتحمل الدين ، وأن يعلم به . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلى ، فلا مناص من القول بأن العلاقة التى تربط المدين الأصلى بالمحال عليه لا شأن لها بهذا الاتفاق ، بل هى أجنبية عنه ، فلا يجوز إذن للمحال عليه أن يحتج على الدائن بدفوع يستمدها من هذه العلاقة . وهذا هو الحكم أيضاً فى حوالة الحق ، فإن المحال عليه لا يحتج على المحال له بدفوع مستمدة من العلاقة التى تقوم بين المحال له والمحيل : أنظر آنفاً فقرة ٢٩٥ . وأنظر فى كل ذلك ماسبق أن أوردناه من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ – ص ١٥٥ – وأنظر آنفاً فقرة ٣٣٧ فى الهامش .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣١ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٧ – ص ١٤٨) .

المادتين ٣٥٧ — ٣٥٨ — ولا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١) .

ويمكن تلخيص العلاقة ما بين الدائن والمدين الأصلى فى مسألتين : (١) براءة

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣١٩ (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٠٦ (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٥٧ : ١ — لا يرجع المحال له بدينه على المحيل ، إلا إذا اشترط فى الحوالة خيار الرجوع أو بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاقها وفقاً للأحكام السابقة . ٢ — أما مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليسه ولو بأمر المحكمة ، فلا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل .

م ٣٥٨ : الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة عارية من حق التجريد ، وللمحال له فى هذه الحالة أن يطالب أياً شاء من المحيل والمحال عليه .

ويلاحظ أن حوالة الدين فى التقنين المدنى العراقى تسير فى نصوصها على غرار الفقه الحنفى . ولما كانت حوالة الدين فى هذا الفقه أقرب إلى أن تكون كفالة كما قدمنا ، إذ يجوز للدائن إذا وجد المحال عليه معسراً أن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصلى ، فكأن هذا الدين لم ينتقل من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه وإنما انتقل حق المطالبة ، فقد أراد التقنين المدنى العراقى فى هذا الموضع أن ينحرف عن الفقه الحنفى ، ليماشى الفقه الغربى ويميز بين الحوالة والكفالة . فنص على أن مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليسه ولو بأمر المحكمة لا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل . ولكنه أجاز للدائن أن يشترط فى الحوالة خيار الرجوع على المدين الأصلى ، والرجوع هنا يكون لا بالدين نفسه كما يوهم النص ، بل بالضمان ، وهذا يضاهى فى التقنين المدنى المصرى ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه . كذلك أجاز رجوع الدائن بالضمان على المدين الأصلى ، إذا كان هذا قد قيد الحوالة بحق له فى ذمة المحال عليه أو بعين فسقط هذا الحق أو هلكت العين أو استحقت ، فإن المفروض فى هذه الحالة أن الدائن عندما أجاز هذه الحوالة المقيدة قد احتفظ لنفسه بحق الرجوع بالضمان على المدين الأصلى . أما إذا أصر الدائن على استبقاء الدين فى ذمة المدين الأصلى واشترط عدم براءته من هذا الدين — وهذا غير اشتراط الرجوع بالضمان الذى رأيناه فى الفرض المتقدم فإنه هنا يشترط الرجوع بنفس الدين — فإن الحوالة تكون فى هذه الحالة كفالة يستطيع الدائن فيها أن يطالب أياً شاء المدين الأصلى أو الكفيل (المحال عليه) ، فهى كفالة عارية من حق التجريد ، وهذا ما حرص التقنين المدنى العراقى على أن يذكره صراحة فى المادة ٣٥٨ (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٨ — فقرة ٢٣٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا يوجد نص فى هذا التقنين يقابل النص الذى نحن بصدده . ويبدو أن المدين الأصلى ، فى التقنين اللبنانى ، لا يضمن يسار المحال عليه إلا باتفاق خاص . وإذا كان فى الحوالة تدليس أو غلط ، فإن الحوالة تكون فى هذه الحالة قابلة للإبطال لمصلحة الدائن (انظر الأستاذ صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٧٥) .

ذمة المدين الأصلى نحو الدائن (٢) وضمان المدين الأصلى للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة فى الصورة التى تنعقد بها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه .

٣٣٩ – براءة ذمة المدين الأصلى نحو الدائن : إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المحال عليه والدائن مباشرة دون تدخل المدين الأصلى ، فان ذمة هذا المدين تبرأ من الدين بمجرد انعقاد الحوالة كما قدمنا دون حاجة إلى رضائه بذلك . فان الأجنبي يستطيع وفاء الدين عن المدين دون علمه ودون قبوله ، فيستطيع كذلك أن يلتزم عنه بالدين ، ومن ثم تبرأ ذمة المدين ، وقد تقدم بيان ذلك .

أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلى نحو الدائن إلا إذا أقر الدائن الحوالة ، فان الحوالة لا تسرى فى حقه إلا باقراره ، فاذا لم يقرها بقى المدين الأصلى بالنسبة إليه ، دون المحال عليه ، هو المدين . أما بعد الإقرار فتبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين نحو الدائن ، ويصبح المحال عليه هو المدين (١) .

ويترتب على ذلك أنه من وقت صيرورة الحوالة نافذة فى حق الدائن – سواء بعقدها معه مباشرة أو باقراره لها – تبرأ ذمة المدين الأصلى ، فلا يستطيع الدائن أن يطالبه بالدين المحال به ، ولا يطالب بهذا الدين إلا المحال عليه الذى انتقل الدين إلى ذمته .

٣٤٠ – ضمان المدين الأصلى ليسار المحال عليه : هنا يجب التمييز بين صورتى الحوالة .

فان انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلى ، فان المدين الأصلى لا يضمن للدائن شيئاً . إذ هو لم يتدخل

---

(١) وقد سبق القول أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من المشروع التمهيدى كانت تنص على أنه « إذا أقر الدائن الحوالة ، برئت ذمة المدين الأصلى وحل محله المحال عليه » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ فى الهامش — وانظر آنفاً فقرة ٣٢٩ فى الهامش) .

فى الحوالة ، بل انعقدت دون رضائه ، والذى عقدها هو الدائن ، وعقدها مباشرة مع المحال عليه ، فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يتحمل إعسار المحال عليه ما دام هوالذى اختار الاتفاق معه (١) . وإنما تبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين ، كما تقدم القول ، بالرغم من عدم ضمانه ليسار المحال عليه .

أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقرها الدائن ، ففى هذه الصورة يكون المدين الأصلى هو الذى عقد الحوالة ، وهو الذى اختار المدين الجديد ، ودعا الدائن إلى إقرار الحوالة . فافترض القانون أن المدين الأصلى قد أخذ على نفسه فى هذه الحالة أن يضمن للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة ، كما تقرر ذلك صراحة المادة ٣١٩ مدنى التى تقدم ذكرها .

ولا شك فى أن هذا النص يقتصر على تفسير نية المتعاقدين ، فيجوز الاتفاق على غير هذا الحكم ، كما ورد ذلك فى النص ذاته . ومن ثم يجوز للمدين الأصلى أن يخلى نفسه من هذا الضمان فى هذا الاتفاق الذى يتم بينه وبين المحال عليه ويدعو الدائن إلى إقراره ، أو فى اتفاق خاص بعد ذلك ولكن قبل إقرار الدائن للحوالة . فاذا اشترط المدين الأصلى عدم ضمانه ليسار المحال عليه ، ورضى الدائن بهذا الشرط ، فلا ضمان على المدين الأصلى .

كذلك يجوز — على النقيض مما تقدم — أن يشدد المدين الأصلى على نفسه الضمان ، فيضمن يسار المحال عليه ، لا وقت إقرار الدائن للحوالة فحسب ، بل وقت حلول الدين المحال به ، فيكون فى هذه الحالة بالنسبة إلى المحال عليه فى موقف يشبه موقف الكفيل .

لكن إذا لم يذكر المدين الأصلى فى الحوالة شيئا عن الضمان ، فالمفروض أنه يضمن دون شرط يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة كما تقدم القول . فاذا كان الدين المحال به وقت إقرار الدائن للحوالة حالا ، فعلى الدائن أن يبادر إلى استيفائه . فإن وجد المحال عليه معسراً ، رجع بالضمان على المدين الأصلى .

---

(١) على أنه لا يوجد ما يمنع ، بالرغم من أن الحوالة تكون قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلى ، من أن يتفق الدائن مع المدين الأصلى اتفاقاً مستقلا عن عقد الحوالة ، يلتزم به المدين الأصلى بضمان يسار المحال عليه .

وهو فى رجوعه على المدين الأصلى لا يرجع بالدين المحال به نفسه(١) ، فان هذا الدين قد انتقل نهائياً بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ، وإنما يرجع بدين جديد نشأ من عقد الحوالة ، وهو عقد يرتب فى ذمة الدين الأصلى التزاماً بضمان يسار المحال عليه . ولا يرجع الدائن على المدين الأصلى بالضمان إلا بعد أن يرجع أولا على المحال عليه فيجده معسراً . فان رجع مباشرة على المدين الأصلى ، كان هذا أن يطلب منه البدء بتجريد المحال عليه . ولا يكلف بأن يدل الدائن على مال للمحال عليه يستوفى منه الدائن حقه ، كما يكلف الكفيل بذلك ، فان المدين الأصلى لا يكون مسئولا إلا إذا أثبت الدائن أنه رجع على المحال عليه أولا فوجده معسراً .

أما إذا تراخى الدائن فى مطالبة المحال عليه حتى أعسر ، وذلك بالرغم من حلول الدين ، فان المدين الأصلى لا يكون مسئولا مادام المحال عليه كان موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة . والدائن هو المقصر ، فقد كان الدين حالا وقت إقراره للحوالة وكان المحال عليه موسراً ، فبتراخيه وإهماله ترك المحال عليه حتى أعسر ، فيرجع باللائمة على نفسه ، ولا يرجع على المدين الأصلى بشىء .

بقيت حالة ما إذا كان الدين المحال به لم يحل وقت إقرار الدائن للحوالة ، وكان المحال عليه فى هذا الوقت موسراً ثم أعسر عند حلول الدين . فى هذه الحالة أيضاً لا يكون المدين الأصلى مسئولا ، فان الضمان بحكم القانون يقتصر كما قدمنا على ضمان اليسار وقت إقرار الدائن للحوالة ، وقد كان المحال عليه موسراً فعلا فى هذا الوقت ، فتبرأ ذمة المدين الأصلى من التزامه بالضمان حتى لو أعسر المحال عليه بعد ذلك عند حلول الدين . وإذا أراد الدائن أن يجعل المدين الأصلى ضامناً ليسار المحال عليه وقت حلول الدين ، فعليه أن يشترط ذلك صراحة قبل إقراره للحوالة .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ بأن إقرار الدائن للحوالة يستتبع براءة ذمة المدين الأصلى وإحلال المحال عليه محله . بيد أن حكم هذه البراءة لا يجرى على إطلاقه ، فاذا أقيم الدليل على أن المحال عليه كان معسراً عند انعقاد الحوالة

---

(١) أما فى المذهب الحنفى ، فقد قدمنا أن الدائن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصلى .

(الصحيح عند إقرار الدائن للحوالة) ، وأن الدائن كان يجهل هـذا الإعسار ، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي في هذه الحالة . وتسرى هذه القاعدة من باب أولى متى كان الجهل راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب من عيوب الرضاء » (١)
ويؤخـذ على ما جاء في هذه المذكرة ما يأتي : (١) أنها ، على ما يبدو ، تجعل ذمة المدين الأصلي في حالة الضمان مشغولة بالدين المحال به ذاته . والصحيح أن الدين المحال به قد انتقل إلى ذمة المحال عليه ، أما المدين الأصلي فمسئوليته قائمة على التزامه بالضمان . وهو التزام مستقل عن الدين المحـال به ، ولـكل منهما مصدر يختلف عن مصدر الآخر . فمصدر الالتزام بالضمان عقد الحوالة ، أما الدين المحال به فمصدره سبب آخر ، قد يكون عقداً وقد يكون غير عقد ، وفي جميع الأحوال ليس هو عقد الحوالة . (٢) يبدو أن المذكرة الإيضاحيـة تشترط ، في ضمان المدين الأصلي ليسار المحـال عليه ، أن يكون الدائن جاهلا أن المحال عليه معسر . والصحيح أن علم الدائن بهذا الإعسار أو جهله إياه لا شأن له بضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه وقت إقرار الحوالة ، فهـذا الضمان مقرر بصريح النص . أما علم الدائن باعسار المحـال عليه ، فغايته أنه قد يؤخذ قرينة على أن الدائن قد نزل عن هـذا الضمان ، والنزول عن الضمان لا يستخلص إلا إذا كانت نية الدائن واضحة في ذلك (٢) . (٣) في حالة ما إذا كان جهـل الدائن لإعسار المحال عليه راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب آخر من عيوب الرضاء ، يكون المدين الأصلي ضامناً ليسار المحال عليه ، ولـكن لا يرجع هذا الضمان إلى ما شاب الرضاء من عيب ، وإنما يرجع إلى حكم القانون نفسه ، فقد أوجب على المدين الأصلي بمقتضى عقد الحوالة ضمان يسار المحال عليه. فاذا كان الدائن قد أوقع في تدليس جعله يظن أن المحال عليه موسر بينما هو معسر ، فانه يستطيع في هذه الحالة أن يرجع بتعويض للتدليس فوق رجوعه بالضمان (٣).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٥ .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحي حجازى ٣ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢ — والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٨ .

(٣) ولا يوجب التقنين المدني الألماني ، ولا تقنين الالتزامات السويسرى ، ضمانا ليسار المحال عليه في جانب المدين الأصلي (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٤ ص ٨٨ — ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٥) .

الفرع الثالث

علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه

٣٤١ – التمييز بين حالتين : نميز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) حالة الحوالة غير النافذة فى حق الدائن ، بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ، ولم يصدر إقرار لها من الدائن ، أو صدر رفض منه لها .

(الحالة الثانية) حالة الحوالة النافذة فى حق الدائن ، ويتحقق ذلك إما بأن تنفذ الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه ويقرها الدائن ، وإما بأن تنعقد رأساً بين الدائن والمحال عليه فان الحوالة تنعقد فى هذه الحالة نافذة فوراً فى حق الدائن .

المبحث الأول

الحوالة لم تنفذ فى حق الدائن

٣٤٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً ، كان المحال عليه ملزماً قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة » .

« ٢ – على أنه لايجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ،

ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، لأن هذا التقنين كما قدمنا لم ينظم حوالة الدين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣١٧ — وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٠٤ — ولا مقابل له لا فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (٢) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر :

(١) إن الاتفاق ما بين المحال عليه والمدين الأصلى على حوالة الدين يلزم الأول نحو الثانى أن يفى بالدين المحال به للدائن فى الوقت المناسب ، سواء أقر الدائن الحوالة أو رفضها ، وذلك مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(٢) ولكن هناك فرقاً بين هذا الاتفاق وبين الاشتراط لمصلحة الغير ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٤٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة سئل عن تحديد معنى عبارة « فى الوقت المناسب » ، فأجيب بأن المفروض على المحال عليه أن يدرأ عن المدين الأصلى كل مطالبة ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٣٢٩ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ — ص ١٤٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣١٧ (مطابقة للمادة ٣١٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبي م ٣٠٤ (مطابقة للمادة ٣١٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : لم يرد نص مقابل ، ولكن الحكم الذى يستخلص من نص التقنين المدنى المصرى متفق مع القواعد العامة ، فلا مانع من تطبيقه فى العراق . أما ما ورد فى التقنين المدنى العراقى من نصوص فى علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه ، فكلها تفترض أن الحوالة نافذة فى حق الدائن ، وسنذكرها فى موضعها .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم يرد نص مقابل . على أنه قد ورد فى صدر الفقرة الثالثة من المادة ٢٨٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى العبارة الآتية « وإذا لم يجز الدائن الانتقال بطل » . ويفهم من هذا النص أن التقنين اللبنانى ، خلافاً للتقنين المصرى ، يفرض أن نية المدين الأصلى والمحال عليه ، فى اتفاقهما على الحوالة ، قد انصرفت إلى عدم ترتيب أى أثر على هذا الاتفاق إذا لم يقره الدائن .

فان المدين الأصلى لم يشترط لمصلحة الدائن أن يفى له المحال عليه بالدين ، بل ذهب إلى مدى أبعد من ذلك واشترط تخليص ذمته هو من الدين ، بأن اتفق مع المحال عليه على نقل الدين إلى ذمته وذلك فيما بينهما .

(٣) وهذا الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه على الحوالة هو كل لا يقبل التجزئة ، فاذا كان المدين الأصلى قد التزم بشىء نحو المحال عليه فى نظير التزام المحال عليه نحوه ولم يقم بالتزامه ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه أن يقوم هو بالتزامه .

(٤) والاتفاق على النحو الذى فصلناه هو على كل حال قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه باتفاق آخر بين الطرفين ، وذلك إلى أن يصدر إقرار الدائن للحوالة .

ونعالج هذه المسائل متعاقبة .

٣٤٣ — الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلى :

قدمنا أن المفروض فى الحالة التى نحن بصددها أن الحوالة انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه . فقبل أن يصدر الدائن إقراره ، يكون هذا الاتفاق ملزماً للمحال عليه نحو المدين الأصلى . والذى يلتزم به المحال عليه هو التزام بعمل (obligation de faire) ، إذ يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلى من الدين فى الوقت المناسب . والوقت المناسب هو عادة وقت حلول الدين المحال به . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يكون الوقت المناسب غير ذلك ، كأن يكون وقت مطالبة الدائن للمدين الأصلى بالدين . وإذا لم يذكر الطرفان شيئاً فى هذا الخصوص ، فالمهم هو أن يدرأ المحال عليه عن المدين الأصلى كل مطالبة من الدائن(١) .

وقيام المحال عليه بالتزامه هذا يكون عادة بوفائه الدين المحال به للدائن . ويجوز أن يسلم المحال عليه مقدار الدين للمدين الأصلى ليقوم هذا بنفسه بالوفاء

---

(١) أنظر ما دار فى لجنة المراجعة هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٥ — وانظر تاريخ نص المادة ٣١٧ مدنى آنفاً فقرة ٣٤٢ فى الهامش) .

لدائنه ، فان ذلك يكفى لتخليص المدين الأصلى من مطالبة الدائن(١) .

فاذا لم يقم المحال عليه بالتزامه هذا ، كان للمدين الأصلى أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة(٢) . فهو لا يرجع عليه بالدين المحال به ذاته ، بل يرجع عليه بتعويض من جراء إخلاله بالتزامه من درء مطالبة الدائن . ويجوز للمدين الأصلى أن يتفق مع المحال عليه أن يقدم له تأمينات خاصة ، كرهن أو كفيل ، لضمان الوفاء بهذا الالتزام ، أما التأمينات التى تكفل الدين المحال به فهى لا تكفل رجوع المدين الأصلى بالتعويض على المحال عليه(٣) .

وهذا الالتزام فى ذمة المحال عليه نحو المدين الأصلى يبقى قائماً حتى لو رفض الدائن إقرار الحوالة ، فان عدم إقرار الدائن للحوالة لا يستتبع سقوط الاتفاق على حوالة الدين بين المدين الأصلى والمحال عليه . بل يبقى المحال عليه ملتزماً نحو المدين الأصلى ، بعد رفض الدائن إقرار الحوالة ، بأن يخلصه من مطالبة الدائن . وله ، فى الوفاء بالتزامه هذا ، إما أن يفى بالدين فعلا للدائن — وليس للدائن

---

(١) وليس من الضرورى أن يخلص المحال عليه ذمة المدين الأصلى من الدين نحو الدائن فوراً عقب الاتفاق . كما أنه لا يكفى أن يرد المحال عليه إلى المدين الأصلى ما دفعه للدائن عقب مطالبة هذا إياه ، فإن المدين الأصلى باتفاقه على الحوالة مع المحال عليه أراد أن يدرأ عن نفسه هذه المطالبة . بل الواجب أن يقوم المحال عليه بوفاء الدين عندما يطالب الدائن به المدين الأصلى ، أو أن يسلم المدين الأصلى مقدار الدين ليدفعه للدائن فيدرأ مطالبته (أنظر فى هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة ٣ ص ١٥٠) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ولا يستتبع التزام المحال عليه بقضاء حق الدائن عند الاستحقاق تخويل المدين حق مطالبة المحال عليه بأن يعمل على إبراء ذمته قبل الدائن فور الوقت . بل كل ما هنالك أن هذا الالتزام يخول للمدين ، إذا طالبه الدائن قضائياً ، حق الرجوع على المحال عليه باعتبار أنه قد تعهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨٠ .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وإذا تخلف المحال عليه عن الوفاء بالتزامه ، فللمدين الأصلى متى طولب بالدين أن يرجع عليه بالتعويضات . وينص تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٥/٣) على أن للمدين المحيل أن يطلب إلى المحال عليه تقديم تأمينات خاصة لضمان الوفاء بالتزامه . وبديهى أن للمتعاقدين أن يشترطا ذلك فى عقد الحوالة دون حاجة إلى نص فى القانون» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) .

أن يرفض قبول الوفاء فهو مجبر على قبوله ولو من أجنبي - وإما أن يعطى للمدين الأصلى مقدار الدين لدفعه للدائن(١) .

هذا هو الأثر الذى يترتب على الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلى على حوالة الدين ، من حيث إلزام المحال عليه نحو المدين الأصلى . وغنى عن البيان أن الطرفين يستطيعان فى عقد الحوالة الاتفاق على غير ذلك ، إذ أن لهما الحرية الكاملة فى تحديد العلاقة التى تقوم بينهما بموجب هذا العقد . فلهما مثلا أن يتفقا على أنه إذا لم يقر الدائن الحوالة ، فان الاتفاق الذى كان قائماً بينهما يسقط تبعاً لذلك ، ولا يعود المحال عليه ملزماً لا نحو الدائن ولا نحو المدين الأصلى نفسه بأداء الدين المحال به ولا بتخليص المدين الأصلى من مطالبة الدائن . ولهما كذلك أن يتفقا على أن عقد الحوالة لاينتج أثره منذ البداية إلا إذا أقره الدائن ، بحيث لايرتب هذا العقد فى ذمة المحال عليه ، قبل إقرار الدائن له ، أى التزام نحو المدين الأصلى ، فاذا ماصدر إقرار الدائن أصبح المحال عليه ، ليس ملزماً فحسب بتخليص المدين الأصلى من مطالبة الدائن ، بل ملزماً أيضاً نحو الدائن مباشرة بوفاء الدين له (٢) . ونفرض فيما قدمناه أن الاتفاق المخالف قد ورد فى عقد الحوالة ذاته . وسنرى فيما يلى أن للطرفين فوق ذلك ،

---

(١) وقد ورد فى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويجب أن يلاحظ أخيراً أن رفض الدائن إقرار الحوالة ، إذا لم يوجد اتفاق مخالف ، يبطل العقد العينى الذى ينقل الدين ، ولكنه يبقى قائماً العقد المنشىء لالتزامات شخصية التى تنطوى عليه الحوالة ، ومن ثم تبقى التزامات المحال عليه نحو المحيل » (التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٨) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « من المسلم أن للمتعاقدين كامل الخيار فى تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تعاقد صريح . فلهما أن يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إلى أن يتم إقرارها ، كما أن لهما أن يشترطا اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن . ويختلف الحكم باختلاف التشريعات عند سكوت المتعاقدين عن اشتراط أمر معين . فالتقنين اللبنانى (م ٢٨٧/٣) والتقنين الصينى (م ٣٠٢) يفترضان أن نية المحيل والمحال عليه تنصرف ، فى هذه الحالة ، إلى عدم ترتيب أى أثر لتعاقدهما إذا لم يقره الدائن . أما المشروع (م ٤٤٨/١) ، فقد اقتفى ، على نقيض ذلك ، أثر التقنين الألمانى (م ٤١٥/٣) ، واختار الحكم الوارد فى النص طبقاً لمبدأ إعمال التصرفات القانونية ما وجد سبيل إلى ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٩) .

بعد إبرام عقد الحوالة وفى اتفاق مستقل ، أن يعدلا فى هذا العقد أو أن يعدلا عنه .

٣٤٤ — الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير :
وقد يقال ، بعد تحليلنا للاتفاق الذى يتم على الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه على النحو الذى قدمناه ، أن هذا الاتفاق فيه اشتراط لمصلحة الغير ، فقد اشترط المدين الأصلى على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يفى له بالدين المحال به ، ومن ثم يتولد من هذا الاتفاق حق مباشر للدائن يصبح باقراره غير قابل للنقض ، وذلك وفقاً للقواعد المعروفة فى الاشتراط لمصلحة الغير .

ولكن هذا التأصيل لا يتفق مع التأصيل الصحيح للاتفاق على الحوالة مابين المدين الأصلى والمحال عليه ، وذلك من وجهين :

(الوجه الأول) ليس الغرض من هذا الاتفاق أن يشترط المدين الأصلى على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يفى له بالدين المحال به . بل الغرض أن يشترط المدين الأصلى لمصلحة نفسه هو ، لا لمصلحة الدائن ، أن يخلصه المحال عليه من الدين الذى فى ذمته للدائن بأن يدرأ عنه أية مطالبة من هذا الدائن .

(الوجه الثانى) وعندما يقر الدائن هذا الاتفاق الذى تم بين المدين الأصلى والمحال عليه ، فليس يفعل ذلك كما يفعل المنتفع فى إقراره الاشتراط لمصلحته ليصبح نافذاً فى حقه . ذلك أن الاتفاق ما بين المدين الأصلى والمحال عليه ليس إشتراطاً لمصلحة الغير كما قدمنا ، بل هو أبعد مدى من ذلك . هو اتفاق ينقل الدين المحال به فعلا من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه فى العلاقة فيما بينهما ، فهو اتفاق ناقل للدين منذ البداية . فاذا أقره الدائن ، أصبح انتقال الدين سارياً فى حقه هو أيضاً ، وأصبح المحال عليه ، ليس فحسب فى علاقته بالمدين الأصلى بل أيضاً فى علاقته بالدائن ، هو الملتزم وحده بالدين .

وهذا التصوير هو تصوير التقنين المدنى الألمانى ، نقله عنه التقنين المدنى المصرى الجديد(١) .

---

(١) وقد أوردت التعليقات على التقنين المدنى الألمانى التصويرات الفنية لحوالة الدين فى المراحل المختلفة التى مر عليها المشروعان الأول والثانى للتقنين المدنى الألمانى . ففى المشروع =

— الأول صورت حوالة الدين التصوير الفنى الذى قال به وندشايد (Windcheid) (انظر آنفاً فقرة ٣٠٨ فى الهامش) على النحو الآتى: كما أن الدائن فى حوالة الحق يتصرف فى الحق بإحالته إلى غيره ، كذلك المحال عليه فى حوالة الدين يتصرف فى الدين بإحالته إلى ذمته . ولكن الدائن فى حوالة الحق يتصرف فى حق مملوك له ، أما المحال عليه فى حوالة الدين فيتصرف فى دين مملوك لغيره وهو الدائن . ومن ثم وجب أن يقر الدائن هذا التصرف ، حتى يكون نافذاً فى حقه . على أن الاتفاق الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصلى ، وهو تصرف ناقل للدين ، ينطوى فى الوقت ذاته على عقد منشىء لالتزامات شخصية ، منها التزام فى ذمة المحال عليه أن يحصل على إقرار الدائن للتصرف . وقد هوجم هذا التصوير أمام اللجنة الثانية للمشروع ، ووجه بتصوير آخر ، هو أن المحال عليه والمدين الأصلى باتفاقهما على الحوالة قد صدر منهما إيجاب مشترك موجه إلى الدائن . والاتفاق على الحوالة ، فى هذا التصوير الآخر ، ليس إلا عقداً منشئاً لالتزامات شخصية .وليس بعقد ناقل للدين ، كما أنه لا يرتب فى ذمة المحال عليه التزاماً بالحصول على إقرار الدائن للحوالة . وما دام المحال عليه إنما يعرض على الدائن إيجاباً يشترك فيه مع المدين الأصلى ، فإنه يجوز له العدول عن هذا الإيجاب قبل صدور الإقرار من الدائن . وحتى إذا صدر الإقرار فإن الدين ينتقل من وقت صدوره ، ولا يستند بأثر رجعى إلى وقت الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصل.وقد رفضت اللجنة الثانية هذا التصوير الآخر بأغلبية كبيرة ، إذ هو لا يستجيب إلى مقتضيات التعامل فى أمرين جوهريين : فهو يجيز للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعد اتفاقه عليها مع المدين الأصلى ، وهو يؤخر انتقال الدين إلى وقت إقرار الدائن للحوالة . فأدخلت تعديلات على هذا التصوير الثانى انتهت به إلى تصوير ثالث ، يكون فيه الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلى اتفاقاً منشئاً لالتزامات شخصية كما هو الأمر فى التصوير الثانى ، وليس بعقد ناقل للدين على خلاف التصوير الأول ، ولكن الإيجاب المشترك المعروض على الدائن مستخلصاً من هذا الاتفاق هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . وبذلك زال أحد الاعتراضين الجوهريين الموجهين إلى التصوير الثانى ، وأصبح لايجوز للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعد اتفاقه عليها مع المدين الأصلى .ولكن بقى الاعتراض الثانى ، وهو الوقت الذى ينتقل فيه الدين . ففى التصويرين الثانى والثالث ، ما دام الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلى هو مجرد إيجاب مشترك معروض على الدائن ، فإن انتقال الدين لا يتم إلا من وقت إقرار الدائن ، ولا يستند بأثر رجعى إلى وقت الاتفاق . من أجل ذلك رجعت اللجنة إلى التصوير الأول بعد أن أعادت النظر فيه . فى هذا التصوير الأول يعتبر الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلى تصرفاً فى الدين صادراً من المحال عليه ، فرأت اللجنة أن هذا التصرف ليس صادراً من المحال عليه فحسب ، بل هو صادر أيضاً من المدين الأصلى ، ومن ثم لا محل لقيام التزام فى ذمة المحال عليه نحو المدين الأصلى للحصول على إقرار الدائن للحوالة ، وقد كان قيام هذا الالتزام هو الاعتراض الجوهرى على التصوير الأول . ومنذ عدل التصوير الأول على هذا الوجه قبلته اللجنة نهائياً كتصوير فنى لحوالة الدين على الأساس الآتى : يعد الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصلى مشتملا على —

٣٤٥ — الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة — عدم الوفاء بالتزام يستتبع عدم الوفاء بالالتزام المقابل : وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣١٧ مدنى تنص على ما يأتى : « على أنه لا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » . فالاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه قد يكون اتفاقاً ملزماً للجانبين . مثل ذلك أن يبيع المدين الأصلى للمحال عليه داراً ، وفى مقابل ثمنها يتحمل المحال عليه بدين فى ذمة البائع . فى مثل هذه الحالة يكون التزام المحال عليه بتحمل الدين هو فى مقابل الدار التى اشتراها ، فاذا لم يقم البائع بتسليم الدار إلى المحال عليه أو بنقل ملكيتها إليه وفقاً للقواعد المقررة ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن ، ما دام هو — البائع — لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه(١) .

ويلاحظ أن ما قدمناه لا يسرى فحسب فى علاقة المحال عليه بالمدين الأصلى ، بل هو يسرى أيضاً فى علاقة المحال عليه بالدائن فيما إذا أقر الدائن الحوالة . فقد رأينا أنه يجوز للمحال عليه أن يحتج على الدائن بالدفوع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلى ، إذا كان الدائن عالماً بهذه العلاقة وبما يترتب عليها من الدفوع ، وفقاً للقواعد العامة فى نظرية السبب(٢) . فى المثل

— عقدين ، ١ — عقد منشىء لالتزامات شخصية ، فالمحال عليه قد التزم نحو المدين الأصلى أن يخلص ذمته من الدين المحال به ، دون أن يلتزم بالحصول على إقرار الدائن للحوالة ودون أن يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلى قبل حلول الدين المحال به ، ٢ — وعقد ناقل للدين ، وهو عقد مجرد (contrat abstrait) ، قد نقل الدين من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه فى حدود العلاقة فيما بينهما ، دون اعتداد بسبب هذا العقد إذ هو عقد مجرد كما سبق القول . فإذا ما أقر الدائن هذا العقد ، أصبح انتقال الدين نافذاً فى حقه لا من وقت الإقرار فحسب ، بل مستنداً بأثر رجعى إلى وقت قيام العقد ، أى إلى وقت الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلى . وإذا لم يقر الدائن العقد الناقل للدين ، بطل هذا العقد وحده ، وبقى العقد الأول المنشىء لالتزامات شخصية قائماً بين المحال عليه والمدين الأصلى (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٢ — ص ٦٠٨) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٧ .

المتقدم إذا طالب الدائن المحال عليه بالدين المحال به بعد إقراره للحوالة ، وكان يعلم أن المحال عليه إنما التزم بالحوالة فى مقابل الدار التى اشتراها من المدين الأصلى ، جاز للمحال عليه أن يمتنع عن الوفاء ما دام المدين الأصلى لم يسلم له الدار التى باعها إياه ، التى كان ثمنها هو السبب فى الحوالة .

٣٤٦ — الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه وللعدول عنه باتفاق آخر : هذا وإذا كان الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه ملزماً للمحال عليه على النحو الذى قدمناه ، فانه من جهة أخرى قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه . ولكن ذلك لايكون بارادة المحال عليه وحدها ، لأنه قد التزم نهائيا بموجب الاتفاق فلا يستطيع أن يتنصل من التزامه . وإنما يجوز ، باتفاق جديد بينه وبين المدين الأصلى ، أن يعدل فى الاتفاق الأول أو أن يلغيه أصلا فتزول الحوالة (١) .

وكل هذا جائز إلى أن يقر الدائن الحوالة . فاذا ما أقرها تعلق حقه بها ، ولم يعد يجوز ، حتى باتفاق كل من المدين الأصلى والمحال عليه ، تعديل الاتفاق أو العدول عنه . بل يصبح انتقال الدين المحال به من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن انتقالا نهائيا ، ويستند بأثر رجعى إلى وقت الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه . وللدائن مطالبة المحال عليه بالدين المحال به ، بل ليس له أن يطالب به غيره إذ قد برئت ذمة المدين الأصلى منه بموجب الحوالة ، وذلك حتى لو اتفق المدين الأصلى والمحال عليه بعد إقرار الدائن للحوالة على إلغائها (٢) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ .

(٢) انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٧ .

المبحث الثانى

الحوالة نافذة فى حق الدائن

٣٤٧ — الحالتان اللتان تكون الحوالة فيهما نافذة فى حق الدائن : قدمنا أن هناك حالتين تكون الحوالة فيهما نافذة فى حق الدائن : (أولاهما) حالة ما إذا تمت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقرها الدائن . و (الحالة الثانية) حالة ما إذا تمت الحوالة رأساً باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصلى ، ففى هذه الحالة تنعقد الحوالة نافذة فوراً فى حق الدائن ، كما قدمنا ، إذ هو نفسه كان طرفاً فيها .

٣٤٨ — يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلى التزاماً بقيمة الحوالة : ومذ أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن ، فان المحال عليه يكون ملتزماً نحوه بالدين المحال به ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى من هذا الدين . ويترتب على ذلك أن المدين الأصلى يكون قد أفاد من الحوالة بمقدار الدين المحال به ، وقد حصل على هذه الفائدة منذ برئت ذمته من الدين ، أى منذ أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن فالتزم المحال عليه بالدين نحوه . فكأن المحال عليه قد أدى للمدين الأصلى التزاماً بقيمة الدين المحال به ، وأداه منذ أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن ، أى منذ أن أصبح هو ملتزماً نحو الدائن بالدين المحال به ، دون حاجة إلى أن يفى فعلا بهذا الدين(١) .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١ — وقارن مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٤ .

وهذا بخلاف التقنين المدنى العراقى فى الحوالة المطلقة ، فقد ورد فى شأن هذه الحوالة نصان فى هذا التقنين ، هما المادتان ٣٥٩ و ٣٦٠ . فتنص المادة ٣٥٩ على أنه « إذا أحال المحيل حوالة مطلقة ، فإن لم يكن عند المحال عليه دين أو عين مودعة أو مغصوبة ، فله أن يطالب المحال عليه بعد الحوالة إلى أن يؤدى المحال عليه الدين للمحال له ، فإن أداه سقط ما عليه قصاصاً بقدر ما أدى» . وواضح من ذلك أن التقنين المدنى العراقى يفرض فى الحوالة المطلقة أنه مادام المدين =

وقد يكون المحال عليه ، في تأديته للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين المحال به ، قد قصد أن يؤدى هذه القيمة على سبيل القرض ، فى هذه الحالة يرجع على المدين الأصلي بما أقرضه إياه طبقاً لشروط القرض الذى تم بينهما . وقد يكون قاصداً أن يفي للمدين الأصلي بدين ترتب فى ذمته قبله(١) كثمن لم يتم أداؤه ، فى هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين المحال به فى ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين . وقد يكون قاصداً أن يتبرع للمدين الأصلي بقيمة الدين الذى تحمل عنه به ، فى هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق فى خصوصها القواعد العامة فى التبرع . والأمر بعد متعلق بنية الطرفين ، فقد تنصرف إلى خلاف ماقدمناه ، وقد يشترط المحال عليه الرجوع على المدين الأصلي بما التزم به نحو الدائن ، ولو قبل الوفاء للدائن ، بل ولو كان فى ذمته للمدين الأصلي دين يصلح للمقاصة(٢) .

= الأصلي لم يقيد الحوالة بالدين أو العين ، فقد احتفظ لنفسه بالحق فى المطالبة بهما حتى بعد الحوالة ، إلى أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فعندئذ تقع المقاصة بين ما على المدين الأصلي للمحال عليه وماله عنده . ولو أراد هذان أن ينقطع بعد الحوالة حق المحال عليه فى مطالبة المدين الأصلي بالدين أو بالعين ، فأمامهما الحوالة المقيدة وقد وردت فيها نصوص كثيرة فى التقنين المدنى العراقى ، فما عليهما إلا أن يقيدا الحوالة بما للمدين الأصلي فى ذمة المحال عليه . وتنظيم الحوالة المقيدة إلى جانب الحوالة المطلقة فى التقنين المدنى العراقى هو الذى يبرر الحكم المتقدم . على أنه ليس هناك إطلاقا مايمنع المشرع — من ناحية السياسة التشريعية التى يختطها — من أن يرجئ رجوع المحال عليه على المدين الأصلي إلى وقت وفاء المحال عليه بالدين للدائن ، فيفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى هذا الحكم ما لم يوجد اتفاق مخالف (انظر فى هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٤ — وقارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٤٠ ص ٢٢٢ ، وهو ينعى هنا أيضاً ، دون مبرر ، على المادتين ٣٥٩ و ٣٦٠ من التقنين المدنى العراقى التعقيد والغموض !) .

ويلاحظ أخيراً أن المحال عليه يرجع على المدين الأصلي ، فى التقنين العراقى ، بالدين المحال به لا بما أدى ، أى يرجع بدعوى الحلول ، والحلول هنا قانونى إلا إذا كان متفقاً عليه قبل وفاء الدين المحال به .

(١) وهذا هو ما يعرف بالحوالة المقيدة فى الفقه الإسلامى وسيأتى ذكرها . وللتمييز بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة فى الفقه الإسلامى أهمية بالغة سبقت الإشارة إليها (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يقصد المحال عليه من تحمل الدين إلى النتيجة التى كان يصل إليها لو إنه التزم قبل المدين بأداء تكليف معادل لقيمة هذا =

فرجوع المحال عليه على المدين الأصلى ، بعد أن يلتزم بالدين المحال به نحو الدائن ، يتوقف على العلاقة التى قامت بينه وبين المدين الأصلى . وهذه العلاقة هى التى تحدد متى يكون هناك رجوع ، وكيف يكون .

٣٤٩ — الحوالة المقيدة : ونفرض أن المحال عليه كان فى ذمته دين للمدين الأصلى ، وأن الحوالة حين تمت بينهما تمت على أساس أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به من الدين الذى فى ذمته للمدين الأصلى . وهذا مايعرف فى الفقه الإسلامى بالحوالة المقيدة ، فهى حوالة قيدت بوفاء الدين المحال به من الدين الذى فى ذمة المدين الأصلى .

وحكم الفقه الحنفى فى هذه الحوالة المقيدة أن الدين الذى فى ذمة المحال عليه للمدين الأصلى يكون مخصصاً لأداء الدين المحال به . وينقطع حق المدين الأصلى فى مطالبة المحال عليه بهذا الدين ، ويكون هذا الدين بمنزلة الرهن عند الدائن ، وإن لم يكن رهناً لسببين : (١) إذا أفلس المدين الأصلى قبل أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فليس الدائن أحق من سائر الغرماء بالدين الذى تقيدت به الحوالة . (٢) ولو توى هذا الدين عند المحال عليه ، لا يسقط الدين المحال به فى مقابلة هلاك الرهن ، خلافا لقواعد الرهن المقررة فى الفقه

= الدين . فلو فرض أن المحال عليه تحمل عن المدين ديناً مقداره ١٠٠ جنيه ، فهو يقصد من ذلك إما إلى إقراض المدين مثل هذا المبلغ ، وإما إلى التبرع له به ، وإما إلى الوفاء له بدين ترتب فى ذمته من قبل كباقى ثمن لم يتم أداؤه . ويراعى أن نية المحال عليه تنصرف ، فى هذه الحالة الأخيرة ، إلى الوفاء بباقى الثمن من طريق تحمل الدين عن المحيل ، وبهذا تبرأ ذمته على الفور من المطالبة بمقتضى عقد البيع ... بيد أن إرادة المتعاقدين قد تنصرف إلى خلاف ذلك ، فالأمر لا يعدو والحال هذه مجرد التنويه بقاعدة مفسرة أو متممة ، للأفراد مطلق الخيار فى الخروج عليها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ — ص ١٥١) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ٤٥٢ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا أقر الدائن حوالة الدين ، اعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلى التزاماً بقيمتها » . فحذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ فى الهامش) .

الإسلامى(١) . ويستخلص من ذلك أن ملكية الدين الذى تقيدت به الحوالة لم تنتقل إلى الدائن ، بل ان هذا الدين ليس رهناً عنده(٢) .

وهذه الأحكام المقررة فى الفقه الحنفى تخالف القواعد العامة عندنا ، فان المدين الأصلى إذا قيد الحوالة بدين له فى ذمة المحال عليه ، فالمفروض أنه قد انصرفت نيته فى ذلك إلى جعل المحال عليه يفى بالدين المحال به من الدين الذى تقيدت به الحوالة . فبمجرد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الدائن ، ويصبح المحال عليه ملتزماً نحوه بالدين المحال به ، فان المحال عليه يكون قد أدى للمدين الأصلى التزاماً بقيمة هذا الدين ، أى يكون قد أدى الدين الذى تقيدت به الحوالة . فتبرأ ذمته منه نحو المدين الأصلى، كما تبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين المحال به نحو الدائن . ولو أعسر المدين الأصلى قبل أداء المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فليس لدائنى المدين الأصلى أن يشاركوا الدائن فى الدين الذى تقيدت به الحوالة . ونظير ذلك مقابل الوفاء (provision) فى الكمبيالة ، فان قواعد القانون التجارى تقضى بجعل مقابل الوفاء هذا بمثابة الدين الذى تقيدت به الكمبيالة والكمبيالة نفسها بمثابة حوالة . ويعتبر ساحب الكمبيالة هو المدين الأصلى ، والمسحوب عليه هو المحال عليه، وحامل الكمبيالة هو الدائن . ونصوص التقنين التجارى صريحة فى أن مقابل الوفاء يكون ملكاً لحامل الكمبيالة، فقد نصت المادة ١١٤ من هذا التقنين على أن « مقابل الموجود تحت يد المسحوب عليه، سواء وجد عنده فى وقت تحرير الكمبيالة أو فى وقت انتقال ملكيتها لشخص آخر أو بعد ذلك: يكون ملكاً لحاملها ، ولو لم يحصل تعيينه لدفع قيمة تلك الكمبيالة أو لم يحصل القبول من المسحوب عليه» . فيكفى إذن أن يكون لساحب الكمبيالة (المدين الأصلى) دين فى ذمة المسحوب عليه (المحال عليه) ليتعلق حق حامل الكمبيالة (الدائن) بهذا الدين ، ويترتب على ذلك أن إفلاس الساحب قبل حلول ميعاد استحقاق الكمبيالة لا يؤثر فى حق حامل الكمبيالة ، فيكون هذا وحده دون

---

(١) وقد سبق بحث هذه المسألة تفصيلا فى الفقه الإسلامى انظر آنفا فقرة ٢٤٠ .

(٢) ولكن لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة — كما إذا كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع أو كان وديعة فهلكت — فإن الحوالة تبطل ، لأن الدين الذى قيدت به يعتبر سبباً لها ، وقد انعدم فانعدمت .

سائر دائني الساحب الاستيلاء على مقابل الوفاء(١) . وقد نصت المادة ١١٤ من التقنين التجارى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا أفلس الساحب ولو قبل حلول ميعاد دفع قيمة الكمبيالة ، يكون لحاملها دون غيره من مدايني الساحب المذكور الحق فى الاستيلاء على مقابل الوفاء المعطى للمسحوب عليه بالطرق المقررة » .

وعلى هذا الوجه حورت أحكام الفقه الحنفى فى الحوالة المقيدة فى التقنين المدنى العراقى ، حتى تتفق هذه الأحكام مع القواعد العامة المقررة فى كل من التقنينين المصرى والعراقى . فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى :

« ١ — إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مغصوبة ، فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه ، ولا المحال عليه الدفع للمحيل ، فلو دفع له ضمن للمحال له ويكون له الرجوع على المحيل » .

« ٢ — ولو أعسر المحيل قبل أداء المحال عليه الدين ، فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له » .

ويلاحظ أن الأحكام المتقدمة التى نص عليها التقنين المدنى العراقى إنما هى نتيجة مستخلصة من تطبيق القواعد العامة ، فتسرى دون نص ، فيما يتعلق

---

(١) الأستاذ محمد صالح فى شرح القانون التجارى جزء ٢ فقرة ٥٣ — أما فى التقنين التجارى المختلط ، فقد كان حامل الكمبيالة لا يتملك مقابل الوفاء إلا فى حالتين: حالة تخصيص المقابل (وهذا التخصيص هو الذى يضاهى فى الفقه الإسلامى تقييد الحوالة) وحالة قبول المسحوب عليه للكمبيالة . وكانت المادة ١٢٠ من التقنين المدنى المختلط تجرى فى هذا المعنى على الوجه الآتى: « ومع ذلك يكون مقابل الوفاء ملكاً لحامل الكمبيالة فى يوم استحقاق دفع قيمتها إذا كان عين خصيصاً لوفائها ، وكان المسحوب عليه قد قبل مع علمه هذا التعيين أو أخبر به قبل إفلاس الساحب سواء كان بإخبار الساحب أو بعمل بروتستو عدم القبول أو عدم الدفع ولو كان عمله بعد الميعاد . أما إذا لم يحصل التعيين المذكور فيدخل مقابل الوفاء فى روكية غرماء الساحب إذا كان القبول لم يحصل قبل علم القابل بالإفلاس » . ومن هذا يتبين أن مقابل الوفاء يكون مملوكاً لحامل الكمبيالة فى التقنين التجارى الوطنى ، سواء كانت الحوالة مقيدة أو مطلقة . وكذلك كان الحكم فى التقنين التجارى المختلط ، فإن مقابل الوفاء فى هذا التقنين كان يعتبر مملوكاً لحامل الكمبيالة فى حالة التخصيص وهذه هى الحوالة المقيدة ، وفى حالة قبول الكمبيالة من المسحوب عليه وهذا هو شأن كل حوالة ، مقيدة كانت أو مطلقة ، فإن قبول المحال عليه ضرورى لانعقاد الحوالة فى جميع الأحوال .

بالحوالة المقيدة على الوجه الذى حددناه ، فى البلاد العربية الأخرى : مصر وسورية وليبيا ولبنان(١).

٣٥٠ — حالة إبطال الحوالة : والأحكام التى قدمناها فى تحديد العلاقة ما بين المدين الأصلى والمحال عليه إنما تسرى إذا بقيت الحوالة قائمة ، فانها مبنية على التزام المحال عليه بموجب الحوالة بالدين المحال به نحو الدائن .

فاذا عرض للحوالة ما يبطلها — سواء كانت باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه وأقرها الدائن أو كانت باتفاق بين الدائن والمحال عليه — فإن التزام المحال عليه بالدين المحال به نحو الدائن يزول بزوال الحوالة ، ويعود الدين إلى ذمة المدين الأصلى بجميع توابعه ، دون إخلال بحقوق الغير(٢). ويقتضى الدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلى تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر ، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما لأى سبب آخر ، ما لم يثبت المحال عليه أو المدين الأصلى أنه لايد له فى إبطال الحوالة (م ١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسرى) . ومتى أبطلت الحوالة ، وعاد الدين المحال به إلى ذمة المدين الأصلى كما قدمنا ، لم يعد للمحال عليه رجوع على المدين الأصلى ، فقد كان حقه فى الرجوع قائماً على أساس التزامه بالدين المحال به نحو الدائن ، وقد زال هذا الالتزام بابطال الحوالة ، فزال تبعاً لذلك حقه فى الرجوع(٣).

---

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٤١ .

(٢) وذلك ككفيل عينى لم يرض بالحوالة ، فزال الرهن المترتب على ماله ، ثم عاد الرهن بإبطال الحوالة ، وكان هذا الكفيل قد رتب للغير حقاً على المال المرهون فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإبطالها .

(٣) وتقول المذكرة الايضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « وتطبق القواعد العامة عند إبطال الحوالة ، فيراعى أولا أن الدين القديم يعود سيرته الأولى بجميع توابعه ، دون إخلال بحقوق الغير ، ويراعى من ناحية أخرى أن الدائن يكون له أن يقتضى من المحال عليه تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر ، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما لأى سبب آخر ، ما لم يثبت المحال عليه أن بطلان الحوالة والضرر الحادث يرجعان إلى سبب لا يد له فيه : انظر المادة ١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٤٥٣/٢ من المشروع . ويلاحظ أخيرا أنه لا يجوز للمدين الأصيل فى الشريعة الإسلامية أن يطالب المحال عليه بما له قبله إلا فى حدود ما يربو على الدين المحال به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١) .



انقضاء الالتزام

(Extinction des Obligations)

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

٣٥١ — مصير الالتزام حتما الى الانقضاء : الحق الشخصي أى الالتزام ، بخلاف الحق العينى ، مصيره حتما إلى الزوال ، فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزماً للدائن إلى الأبد، فان ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية . والأصل براءة الذمة ، أما شغلها بالالتزام فأمر عارض ، والعارض لا يدوم . وهذا لا يمنع بطبيعة الحال أن يكون المدين ملتزماً مدى حياة الدائن — لا مدى حياته هو — كما فى الإيراد المرتب مدى الحياة . أما إذا التزم المدين فعلا طول حياته ، فان القانون يعالج هذا الموقف بطريقة أو بأخرى حتى لا يجعل الالتزام أبديًّا . فمثلا إذا تعهد شخص بأن يؤدى على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دائماً (م ٥٤٥ مدنى) ، فان هذا الدخل الدائم يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١/٥٤٦ مدنى) . وإذا جاز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حيًّا ، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة (م ٢/٥٤٦ مدنى) ، فانه لا يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام المدين بالدخل حياً ، فان هذا تأبيد للالتزام فلا يجوز .

وإذا كان عقد الشركة غير معين المدة ، انتهت الشركة بانسحاب أحد الشركاء ، على أن يعلن الشريك إرادته فى الإنسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق (م ١/٥٢٩ مدنى) .

وعقد الإيجار يلزم كلا من المؤجر والمستأجر لمدة محدودة ، فاذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة ، أو عقد لمدة غير معينة ، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبّه على المتعاقد الآخر بالإخلاء فى مواعيد بينها القانون (م ٥٦٣ مدنى) .

وعقد العمل يبرم لخدمة معينة أو لمدة معينة ، فاذا أبرم لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (م ٦٧٨ مدنى) .

وهكذا نستطيع أن نعدد الأمثلة التى تدل على أن الالتزام لايجوز أن يكون أبدياً ، بل إن مصيره حتماً إلى الزوال .

وفى هذا يختلف الالتزام ، كما قدمنا ، عن الحق العينى . فان أهم الحقوق العينية ، وهو حق الملكية ، حق مؤبد بطبيعته ، ولا يصح إلا أن يكون مؤبداً ، حتى إذا انتقل إلى مالك آخر فانه يتأبد بهذا الانتقال . والحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية — كحق الانتفاع وحق الارتفاق — بعضها قد يكون مؤبداً ، كحق الارتفاق إذا لم تحدد له مدة فانه يتأبد مع حق الملكية الذى يلزمه ، وحق الانتفاع مدى الحياة ، وبعضها قد يكون مؤقتاً ، كما إذا حددت معينة لحق الانتفاع أو لحق الارتفاق .

ومن ثم كانت نظرية انقضاء الحقوق العينية محدودة الأهمية ، بعكس نظرية أسباب كسب الحقوق العينية فان لها المكان الأول من الأهمية . وعلى النقيض من ذلك الالتزام ، فان نظرية أسباب انقضائه قد لاتقل فى الأهمية عن نظرية مصادره ، بل إن هناك تقابلا ملحوظاً بين مصادر الالتزام وأسباب انقضائه ، فالالتزام ينشأ وينقضى بالتصرف القانونى وبالواقعة المادية ، ولا بد له من مصدر ينشئه كما لابد له من سبب يقضيه .

٣٥٢ — تحديد أسباب انقضاء الالتزام : ونرى من ذلك الأهمية البالغة لمعرفة متى ينقضى الالتزام ما دام أنه حتماً سينقضى ، فلا بد إذن من تحديد أسباب انقضاء الالتزام .

وقد حددها التقنين المدنى الجديد فى ثمانية أسباب : (١) الوفاء (٢) الوفاء بمقابل (٣) التجديد والإنابة فى الوفاء (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة (٦) الإبراء (٧) استحالة التنفيذ (٨) التقادم .

وكثيراً ما تختلط هذه الأسباب بأسباب لا تمت لها بصلة ، كالإبطال والفسخ والرجوع ونحو ذلك من أسباب زوال العقد . فهناك فرق واضح بين زوال العقد — وهو مصدر الالتزام — وزوال الالتزام ذاته . غير أنه قد يكون هناك تفاعل ما بين الشيئين ، إذ قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله فتنقضى بذلك تبعاً الالتزامات الناشئة من هذا العقد ، وقد تزول الالتزامات الناشئة من العقد بسبب

من أسباب انقضائها فينقضى العقد تبعاً لذلك أو يصبح غير ذى موضوع (١) .

على أنه من الخير أن نفصل ما بين أسباب انقضاء الالتزام وأسباب زوال العقد ، كما فصلنا ما بين الالتزام والعقد ، إذ أن الخلط بين الشيئين من شأنه أن يورث الغموض والاضطراب (٢) .

فنقتصر إذن على أسباب انقضاء الالتزام الثمانية التي حددها التقنين المدنى ، وننظر كيف يمكن تقسيم هذه الأسباب .

٣٥٣ — طريقتان لتقسيم أسباب انقضاء الالتزام : ويمكن تقسيم هذه الأسباب من وجوه عدة . ولكننا نقف عند تقسيمين اثنين ، أحدهما تقسيم علمى ، والآخر تقسيم عملى (٣) . وبالتقسيم العملى أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد ، وسنتابعه فى الأخذ به .

٣٥٤ — التقسيم العلمى — التصرف القانونى والواقعة المادية : والتقسيم العلمى لأسباب انقضاء الالتزام هو نفس التقسيم العلمى لمصادره ، كما سبق القول . فتنقسم أسباب الانقضاء ، كما تنقسم المصادر ، إلى التصرف

---

(١) دى باج ٣ فقرة ٣٩١ .

(٢) وقد ينقضى الالتزام بتحقق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف ، ولكن الشرط وصف فى الالتزام كما رأينا لا سبب لانقضائه . وله أثر رجعى ، فيعتبر الالتزام كأنه لم يوجد بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، والفرق واضح بين التزام لم يوجد والتزام وجد ثم انقضى . أما الأجل الفاسخ فى الالتزام الزمنى فقد رأينا أنه عنصر الزمن الجوهرى فى الالتزام ، بل هو محل الالتزام ، فانقضاؤه هو استيفاء للالتزام فيكون انقضاء الالتزام آتياً عن طريق الوفاء .

والموت قد يكون سبباً فى انتهاء العقد فينقضى بانتهائه الالتزام ، كما فى الوكالة وعقد العمل والإيراد المرتب مدى الحياة .

(٣) وهناك تقسيمات أخرى ، نشير منها إلى اثنين : (أ) هناك أسباب تقضى الالتزام بطريق غير مباشر عن طريق انقضاء العقد بالإبطال أو الفسخ أو الرجوع أو نحو ذلك . وأسباب تقضى الالتزام بطريق مباشر كالوفاء والتجديد والإبراء والتقادم (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٠) . (ب) أسباب انقضاء الالتزام ترجع إما لإرادة المتعاقدين كما فى الأجل الفاسخ والإبراء ، وإما لانعدام أحد أركان الالتزام كما فى اتحاد الذمة وهلاك المحل ، وإما للتنفيذ بمقابل كما فى الوفاء بمقابل والمقاصة ، وإما للتقادم (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٨٣) . أنظر أيضاً فى تقسيم أسباب الالتزام دى باج ٣ فقرة ٣٩٠ — فقرة ٣٩١ .

القانونى (acte juridique) والواقعة المادية (fait matériel) . وقد سبق أن ميزنا ،فى الجزء الأول من الوسيط ،بين التصرف القانونى والواقعة المادية ، فلا نعود إلى ذلك . ونقتصر هنا على بيان ما يعتبر من أسباب الانقضاء واقعة مادية ، وما يعتبر منها تصرفاً قانونياً .

فأسباب الانقضاء التى تعتبر واقعة مادية هى : (١) اتحاد الذمة ، ويتلخص فى واقعة اجتماع صفتى المدين والدائن فى شخص واحد . (٢) استحالة التنفيذ ، فالسبب الأجنبى الذى يجعل الالتزام ينقضى هو واقعة مادية لا تنسب إلى خطأ المدين . فاذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين ، فان الخطأ ، وهو أيضاً واقعة مادية ، لايقضى الالتزام ، بل يحوله إلى تعويض . (٣) التقادم ، وهو واقعة مادية هى انقضاء زمن معين ، فينقض الالتزام بانقضائه . (٤) المقاصة إذ هى تقابل دينين من نوع واحد بشروط معينة . وتقترن هذه الواقعة المادية ، فى التقنين المدنى الجديد ، على غرار التقنينين الألمانى والسويسرى ، بتصرف قانونى هو إعلان أحد طرفى المقاصة لإرادته فى التمسك بها ، فالمقاصة إذن واقعة مركبة (fait complexe) ، كالشفعة فى أسباب كسب الملكية . أما فى التقنين المدنى السابق وفى التقنين المدنى الفرنسى ، فالمقاصة واقعة مادية محضة تقع بمجرد تقابل الدينين دون حاجة إلى التمسك بها .

وأسباب الانقضاء التى تعتبر تصرفاً قانونياً هى : (١) الوفاء ، وهو واقعة مختلطة (fait mixte) ، إذ هو مزيج من تصرف قانونى وعمل مادى ، ولكن التصرف القانونى هو الغالب . (٢) الوفاء بمقابل ، وهو مثل الوفاء . (٣) التجديد ، إذ هو اتفاق بين أطراف متعددين كما سنرى . (٤) الإبراء ، إذ هو إرادة منفردة ، وقد كان اتفاقاً فى التقنين المدنى السابق .

٣٥٥ — أهمية هذا التقسيم النسبى محدودة : وهذا التقسيم يعين على تفهم حقيقة علمية هى أن جميع مصادر الحقوق وأسباب انقضائها تنحصر فى التصرف القانونى والواقعة المادية . ولكن نظرية التصرف القانونى والواقعة المادية لم تعد بعد مراحلها الأولى فى الفقه ، ولم يحن الوقت لاتخاذ هذا التقسيم أساساً لبحث الموضوع ، كما بينا ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط .

والجميع بين أسباب الانقضاء التي هي تصرف قانوني في جهة ، وبين أسباب الانقضاء التي هي واقعة مادية في جهة أخرى ، أهميته محدودة . ويمكن القول بوجه عام أن الأسباب التي هي تصرفات قانونية تشترك جميعاً في أنها تعبير عن الإرادة ، يقتضي أن تتوافر أهلية معينة، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة ، وأن يكون له محل وسبب . ولا كذلك الأسباب التي هي وقائع مادية فهذه لاتخضع لنظرية التصرف القانوني، وهي مجرد وقائع مادية لاتقتضي أهلية ، ولا تدخلها عيوب الإرادة ، ولا أهمية فيها للمحل ، ولا يقوم بها سبب .

وسنعرض لذلك عند الكلام في كل سبب من أسباب الانقضاء ، ولكننا لا نتخذ هذا التقسيم العلمي أساساً لبحث الموضوع لما قدمناه ، ونؤثر أن نتبع التقسيم العملي الذي سار عليه التقنين المدني الجديد ، وننتقل الآن إليه .

٣٥٦ – التقسيم العملي – انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا أو بتنفيذه بمقابل أو دوله تنفيذ : ويقسم التنفيذ المدني الجديد – ومثله تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) – أسباب انقضاء الالتزام أقساماً ثلاثة :

(القسم الأول) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً ، أي بقضاء نفس محل الالتزام ، وهـذا القسم لايشمل إلا الوفاء (pa'ement) . وهو الطريق المألوف لقضاء الدين ، وما عداه ليس أصلا مثله بل بديلا عنه .

(القسم الثاني) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه ، لا بالوفاء عيناً ، بل بما

---

(١) أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ٨٣٣ .

هذا وتنص المادة ٢٩٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : « تسقط الموجبات أولا — بتنفيذها وهو الوجه الطبيعي لسقوطها (الإيفاء) . ثانياً — بتدبير أو حادث يضمن للدائن الحصول على منفعة غير التي يحق له أن يطلبها (كالإيفاء بأداء العوض وتجديد الموجب والمقاصة واتحاد الذمة) . ثالثاً — بأسباب تسقط الموجب أو يمكن أن تسقطه مع قطع النظر عن حصول الدائن على منفعة ما (كاستحالة التنفيذ والإبراء من الدين ومرور الزمن) . وتنص المادة ٢٩١ من نفس التقنين على ما يأتي : « إن سقوط الموجب الأصلي يؤدي إلى سقوط الموجبات الفرعية والتأمينات المنقولة التي كانت مختصة بالدين . وينشأ عنه حق محو القيود المختصة بالتأمينات غير المنقولة » .

يعادل الوفاء . ويشمل : (١) الوفاء بمقابل (dation en paiement) (٢) والتجديد (novation)، فهو يقضى التزاماً قديماً بالتزام جديد. (٣) والمقاصة (compensation) ، فهو يقضى التزاماً بالتزام يقابله . (٤) واتحاد الذمة (confusion) ، فهو يقضى الدين عن طريق أن يصبح المدين نفسه دائناً بهذا الدين .

(القسم الثالث) ويتضمن انقضاء الالتزام دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل . ويشمل : (١) الإبراء (remise de dette) ، إذ ينزل الدائن عن حقه دون مقابل . (٢) استحالة التنفيذ بسبب أجنبي (impossibilité d'exécution due à une cause étrangère) ، إذ يقضى السبب الأجنبي الالتزام دون تعويض أو أى مقابل آخر . (٣) التقادم المسقط (prescription extinctive) ، إذ ينقضى الالتزام بمضى مدة معينة دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل (٢) .

ونتناول فى أبواب ثلاثة متعاقبة هذه الأقسام الثلاثة لأسباب الانقضاء .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٦ .

الباب الأول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا

الوفاء (*)

(LE PAiEMENT)

مقدمة

التكييف القانونى للوفاء

وما يترتب على هذا التكييف

٣٥٧ — التكييف القانونى للوفاء : الوفاء واقعة مختلطة (fait mixte) كما قدمنا ، فهو يجمع بين التنفيذ المادى للالتزام ، كتسليم مبلغ من النقود

---

* مراجع : أوبرى ورو ٤ — بودرى وبارد ٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ — بيدان ولا جارد ٨ — دى باج ٣ .

جونسكو (Jonesco) فى الآثار القانونية للوضع الظاهر فى القانون الخاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ — لاباتى (Labatut) فى نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ — ميلرياك (Miloac) فى نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ — ديفو (Deveau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — بانسييه (Pansier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ — ساراكاريه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — رولان تكسييه (Roland Texier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لورين (Laurain) رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — الدكتور عبد الباسط جميعى فى الوضع الظاهر رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٥ .

ديمونتيس (Demontès) الوفاء بطريق الشيكات فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٦ — واهل (Wahl) فى الوقت الذى يعتبر فيه الإيراد المدفوع بطريق الشيكات قد قبض من ناحية الضريبة على الإيراد فى مجلة دافعى الضرائب نوفمبر سنة ١٩٢٤ .

أو إقامة بناء أو الامتناع عن المنافسة ، وبين الاتفاق على قضاء الدين والاتفاق تصرف قانونى(١) .

ولكن الوفاء إذا كان واقعة مختلطة ، فانه يغلب فيه عنصر التصرف القانونى ؛ ولذلك يلحق عادة بالتصرفات القانونية . وقد يكون من الممكن أن نكيفه بأنه تصرف قانونى عينى (acte juridique réel) ، إذ هو تصرف لايتم إلا بعمل مادى هو التنفيذ(٢) .

٣٥٨ — ما يترتب على هذا التكييف : ويخلص مما تقدم أن الوفاء هو اتفاق على قضاء الدين . ومن ثم يكون هناك أمران : (أولاً) أن الوفاء اتفاق . و (ثانياً) أنه اتفاق على قضاء الدين .

---

(١) والوفاء والتنفيذ العينى للالتزام هما فى الواقع شىء واحد ، وقد عمدت بعض التقنينات الحديثة ، كتقنين الالتزامات السويسرى وتقنين الالتزامات البولونى ، إلى عدم الفصل بينهما وإدماجهما جميعاً فى مكان واحد . ولكن جرت التقاليد على أن يقسم هذا الموضوع قسمين ، فما يتعلق بكيفية التنفيذ العينى يذكر فى آثار الالتزام ، وما يتعلق بالتنفيذ باعتباره سبباً لانقضاء الالتزام — ويتناول ذلك تعيين من يقوم بالوفاء ولمن يكون الوفاء وما هو محل الوفاء — يذكر فى أسباب انقضاء الالتزام . وقد نزل التقنين المدنى الجديد على هذه التقاليد . وبعض الفقهاء يعالجون الوفاء فى باب تنفيذ الالتزام (أنظر على سبيل المثال بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٥٩) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « جرى المشروع على التقليد اللاتينى ، فعزل الأحكام المتعلقة بالوفاء عن الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام ، مع ما بين هذه وتلك من وثيق الصلات فى نواح عدة . وقد بلغ من أمر هذه الصلات أن عمد بعض التقنينات ، كالتقنين السويسرى والتقنين البولونى ، إلى الخروج على ذلك التقليد وجمع هاتين الطائفتين من الأحكام تحت عنوان مشترك هو تنفيذ الالتزامات . على أن اختيار مذهب الفصل قد اقتضى المشروع عناية خاصة لتجنب التكرار ، حيث لا يؤمن توقيه إزاء ما بين هذه الأحكام جميعاً من قوة الارتباط » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٦ — ص ١٦٧) .

(٢) ويشير بيدان ولاجارد إلى أن فكرة الاتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء تختفى عادة تحت ستار عمل مادى هو تسلم الدائن من المدين ما يوفى هذا به الدين . على أن فكرة الاتفاق هذه تبرز إذا وقع نزاع بين الطرفين على صحة الوفاء . وتسلم الدائن ما يعطيه المدين وفاء لدينه هو قبول لهذا الوفاء ، ومن شأنه أن ينقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . فقبل هذا التسلم كان المدين هو المكلف بإثبات إنه عرض على الدائن وفاء صحيحاً ، ولكن بعد التسلم يكون الدائن هو المكلف بإثبات أن الوفاء الذى قبله من المدين لم يكن وفاء صحيحاً . ذلك أن قبول الدائن الوفاء عن طريق تسلمه ما أعطاه إياه المدين قرينة على أن الوفاء صحيح ، فإذا ادعى الدائن عكس ذلك فعليه هو يقع عبء الإثبات (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٦١ — ٤٦٣) .

ونتناول بالبحث كلا من هذين الأمرين .

§ ١ - الوفاء اتفاق

٣٥٩ - ما يترتب على أن الوفاء اتفاق : ما دام الوفاء اتفاقا (convention) بين الموفى والموفى له ، فهو إذن تصرف قانونى (acte juridique) يجرى عليه ، من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية(١) .

فلا بد فيه من التراضى ، أى تراضى الموفى والموفى له على وفاء الالتزام . والتراضى يكون بالتعبير عن الإرادة على النحو المقرر قانوناً . ويغلب أن يكون التنفيذ المادى للالتزام هو نفسه تعبير عن هذه الإرادة ، فتسليم الموفى الشىء الذى التزم به هو إيجاب ، وتسلم الموفى له هذا الشىء على أنه وفاء للدين هو القبول .

ويشترط فى هذا التراضى أن يكون صادراً من ذى أهلية ، وسنتكلم فى أهلية الموفى وأهلية الموفى له فيما يلى . ويشترط أيضاً أن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه (٢) واستغلال ، فاذا داخل الوفاء شىء من ذلك كان قابلا للإبطال . ومن ثم فان الموفى إذا وقع فى غلط واعتقد بحسن نية أنه يوفى ديناً عليه ولا دين ، فانه يستطيع استرداد ما وفى به عن طريق إبطال هذا التصرف القانونى المشوب بالغلط وهو الوفاء . وهذا هو المبدأ المعروف باسترداد غير المستحق ، يقوم على هذا الأساس القانونى . وكذلك الأمر لو أكره الموفى على وفاء دين انقضى ، ثم وجد فى أوراقه الخاصة التى تثبت أنه هو أو مورثه كان قد وفى بالدين ، فانه يستطيع هنا أيضاً استرداد غير المستحق عن طريق إبطال الوفاء المشوب بالإكراه (٣) .

---

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١ — ١١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٤ .

كذلك يجب أن يكون للوفاء – شأنه فى ذلك شأن كل تصرف قانونى – محل وسبب .

فمحل الوفاء هو نفس محل الدين الذى يوفى به ، وسيأتى الكلام فيه تفصيلا.

وسبب الوفاء هو قضاء الدين ، وهذا هو الباعث الرئيسى لهذا التصرف القانونى(١) . فاذا كان الدين غير مشروع ووفاه المدين بالرغم من عدم مشروعيته ، فان سبب الوفاء يكون هنا غير مشروع ، ومن ثم يقع باطلا ، ويجوز للموفى أن يسترد ما دفعه ، ولا يعترض ذلك القاعدة القديمة التى كانت تقضى بأن المحل غير المشروع إذا وفى به لا يسترد(٢) .

ثم إن الوفاء ، باعتباره تصرفاً قانونيا ، يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية . ولما كان هذا الحكم فى حاجة إلى شىء من التفصيل ، فنتناوله الآن بالبحث .

٣٦٠ — اثبات الوفاء — النصوص القانونية : قدمنا عند الكلام فى الإثبات(٣) أن إثبات الوفاء بالالتزام يقع عبؤه على المدين(٤) ، ويثبت بالطرق التى يثبت بها قيام الالتزام . فلا بد من الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات ، وإلا جازت البينة والقرائن .

غير أن التقنين الجديد أورد نصاً خاصاً فى إثبات الوفاء ، هو المادة ٣٤٩ ، وتجرى على الوجه الآتى :

« ١ – لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فاذا وفى الدين كله ، كان له أن يطلب

---

(١) والوفاء يفترض وجود دين سابق يوفى به ، فسبب الوفاء إذن مفروض . وإذا ادعى الموفى أنه لم يكن يوجد دين سابق وأن الوفاء كان عن غلط وقع فيه ، فعليه هو إثبات ذلك (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٩) .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

(٣) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٤) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٩ .

رد سند الدين أو إلغاءه ، فان كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند » .

« ٢ — فاذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً (١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ — لمن قام بالوفاء أن يطالب بمخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء ، ويكون كل ذلك على نفقته . فإذا انقضى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغاءه ، فإن كان السند قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن إقراراً كتابياً بضياع السند . ويجب أن يكون توقيع الدائن على الإقرار مصدقا عليه ، وتكون نفقة التصديق على الدائن . ٢ — فإذا رفض القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « ويكون كل ذلك على نفقته » الواردة فى الفقرة الأولى اكتفاء بالحكم الوارد فى المادة السابقة الذى يقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، وأصبح رقم المادة ٣٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذف من آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب أن يكون توقيعه على الإقرار مصدقا عليه ، وتكون نفقة التصديق على الدائن » لأنها قد تصرف الذهن إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار ، فضلا عما ينشأ عن بقائها من حرج وإشكالات فى المعاملات ، وأصبح رقم المادة ٣٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣١ — ص ٢٣٣) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣٤٧ (مطابقة للمادة ٣٤٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٣٦ (مطابقة للمادة ٣٤٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن العمل بهذا الحكم فى العراق لاتفاقه مع القواعد العامة (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٠١).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٠٥ : يثبت الإيفاء عادة بسند الإيصال الذى يعطيه الدائن للمديون ، وهو مثبت لتاريخه بنفسه بالنظر إلى المتعاقدين أنفسهم . وإذا لم يكن هناك سند إيصال فيمكن استخراج البينة إما من قيود سجلات الدائن وأوراقه البيتية ، وإما من القيود التى كتبها الدائن ذيلا أو هامشاً عن سند الدين .

م ٣٠٦ : يحق للمديون الذى قام بالإيفاء التام أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، تسليم السند نفسه إليه أو إتلافه . أما إذا كان الإيفاء جزئياً فيمكنه أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، ذكر ما دفعه على سند الدين المحفوظ عند الدائن .

ولا نعيد هنا ما قدمناه فى إثبات الوفاء بالالتزام(١) من جواز إثبات الوفاء بمخالصة مكتوبة ، ومن أن المخالصة يجوز أن تسرى فى حق الغير ولو لم تكن ثابتة التاريخ (م ٣٩٥/٢ مدنى) . كذلك نشير هنا إلى ما قدمناه فى قسم الإثبات من أن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (م ٣٩٨ بند أ مدنى) ، وإلى أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته ، وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين (م ٣٩٩ مدنى) .

على أن نص المادة ٣٤٩ المتقدم الذكر يضيف شيئاً جديداً إلى ما سبق أن ذكرناه . فالأصل أن المدين إذا وفى بالدين أو بجزء منه ، فمن حقه أن يحصل من دائنه على دليل لإثبات هذا الوفاء . فان كان القانون يتطلب سنداً مكتوباً ، فمن حقه أن يحصل من دائنه على مخالصة مكتوبة ، وهذا هو الدليل المألوف لإثبات الوفاء الكلى أو الجزئى . إلا أن المادة ٣٤٩ مدنى أضافت إلى ذلك أنه من حق المدين أيضاً ، بالإضافة إلى هذه المخالصة ، أن يطلب من الدائن رد السند الأصلى للدين أو إعدام هذا السند أو إلغاءه إذا كان الوفاء كلياً ، فان كان الوفاء جزئياً كان للمدين أن يطلب التأشير على السند بما وفاه . والغرض من ذلك إمعان فى الاحتياط للتزود بمختلف الأدلة على الوفاء ، فان المخالصة قد تضيع فلا يبقى عند المدين دليل لإثبات الوفاء . أما إذا رد السند الأصلى للمدين أو ألغى فى حالة الوفاء الكلى ، أو أشر عليه بالوفاء الجزئى ، فقد امتنع على الدائن أن يطالب بالدين أو بما وفى منه مرة أخرى ، حتى لو ضاعت المخالصة من المدين . ونفقة كل ذلك على المدين ، فان نفقات الوفاء عليه (م ٣٤٨ مدنى) ، وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى فحذفته لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه(٢) .

---

(١) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ فى نفس الفقرة فى الهامش .

وإذا كان السند الأصلى للدين قد ضاع من الدائن ، أو ادعى الدائن ضياعه ، فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يقر كتابة بضياع السند . وليس من الضرورى أن يكون هذا الإقرار مصدقاً على الإمضاء فيه ، ولكن التصديق يجعل المدين فى مأمن من إنكار الدائن لتوقيعه إلا عن طريق الطعن بالتزوير(١) .

وقد أوجب القانون على الدائن أن يعطى لمدينه المخالصة ، وإن يرد له فى الوقت ذاته السند أو يعدمه أو يلغيه أو يؤشر عليه بالوفاء الجزئى أو يكتب له إقرار بضياعه ، إلى حد أنه لو امتنع من ذلك ، جاز للمدين أن يلجأ فى وفاء دينه إلى طريق العرض الحقيقى بما يتضمنه هذا العرض من مصروفات تكون على حساب الدائن لامتناعه بغير حق من تمكين المدين من طرق إثبات الوفاء التى قررها القانون .

ويلاحظ أن الجمع بين المخالصة وتسليم السند أو إعدامه أو إلغائه أو التأشير عليه بالوفاء الجزئى أو الإقرار المكتوب بضياعه ليس ضرورياً ، وإنما هو كما قلنا إمعان فى الاحتياط . فيجوز للمدين أن يكتفى بالمخالصة ، وتكون دليلا كاملا على الوفاء الكلى أو الجزئى . كما يجوز له أن يكتفى باسترداد السند أو إعدامه أو إلغائه ، ولكن هذا كما يكون قرينة على الوفاء قد يكون أيضاً قرينة على الإبراء(٢) . أما التأشير بالوفاء الجزئى فهو دليل كامل على هذا الوفاء ، ولا يخشى عليه من الضياع ، فانه لا يضيع إلا إذا ضاع سند الدين نفسه(٣) .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى بأن يكون الإقرار مصدقاً عليه وبأن تكون نفقة التصديق على الدائن ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا النص ، حتى لا ينصرف الذهن إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار ، ولتجنب تعقيد الإجراءات (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ فى نفس الفقرة فى الهامش) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠١ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٢ ، والمادة ٨٨ من تقنين الالتزامات السويسرى .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا فسرت محكمة الموضوع كلمة « مناولة » الواردة فى وصول بأنها لا تقطع بأن الموفى دفع الدين من ماله الخاص ، فانها لا تكون قد انحرفت عن المعنى الذى تؤديه هذه العبارة ولم تخطىء فى تطبيق القانون إذا هى أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال المتمسك بهذا الوصول (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣ ص ٤٥) .

§ ٢ — الوفاء اتفاق على قضاء الدين

٣٦١ — الوفاء اتفاق له مقومات خاصة : على أن الوفاء ، إذا كان تفاقاً ، فهو اتفاق له مقوماته الخاصة . فهو اتفاق على قضاء دين قائم ، له أطراف معينة ومحل معلوم . فهو ليس كالاتفاق الذى ينشىء الالتزام ، وإن كان يقابله . ذلك أن الاتفـاق الذى ينشىء الالتزام ابتداء أساسه الحرية الكاملة للمتعاقدين . لهما أن يتفقا وألا يتفقا ، فابرام العقد الذى ينشىء الالتزام ليس مفروضاً عليهما . وإذا اختارا الاتفاق ، فلهما الحرية الكاملة فى أن يعينا محل الالتزام الذى يكون موضوع اتفاقهما ، يستطيعان أن يعينا هـذا المحل أو ذاك ، ويستطيعان بعد ذلك أن يعدلا فيه فيزيداه أو ينتقصاه أو يستبدلا به محلا آخر .

أما الوفاء فهو اتفاق على قضاء دين قائم كما قدمنا . فهو حتم مفروض على كل من المدين والدائن ، ومحله هو نفس محل الدين الذى يوفى به لا يزيد ولا ينقص ولا يتحور(١).

فهناك إذن مسألتان : (١) الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن. (٢) وهو اتفاق محله مفروض أيضاً على الطرفين، إذ هو نفس محل الدين القائم.

= وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى عليه يستند فى إثبات براءة ذمته من الدين لا إلى تصرف قانونى بل إلى واقعة مادية هى استيلاء المؤجر على الزراعة التى كانت قائمة بالعين المؤجرة ، وأن قيمة ما استولى عليه يزيد على قيمة الإيجار المطالب به ، فإنه لا تثريب على المحكمة إن هى أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هـذه الواقعة ، حتى لو كان الإيجار الذى يتمسك المستأجر ببراءة ذمته منـه يزيد على نصاب البينة (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سـنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤ ص ٥٥)

والمخالصة بقسط متأخر قرينة الوفاء بالأقساط المتقدمة على هذا القسط، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك . وتقول المادة ٥٨٧ مدنى فى هـذا المعنى إن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة الوفاء بالأقساط السابقة على هـذا القسط ، حتى يقوم الدليل على العكس » (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٦٠) . وتسليم سند الدين للمدين قرينة على الوفاء بالدين ، إلا إذا أثبت الدائن غـير ذلك (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٧ — ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧) .

(١) أنظر ما يقارب هذا المعنى فى بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

٣٦٢ — الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن :
لما كان الوفاء هو اتفاق على قضاء دين واجب ، فليس ثمة محيص لكل من المدين والدائن من إبرام هذا الاتفاق ، والوجوب هنا مستمد من وجوب قضاء الدين.

فالوفاء اتفاق مفروض أولا على المدين . ذلك أنه يجب عليه وفاء الدين ، فالاتفاق مع الدائن على هذا الوفاء يكون واجباً عليه . وإذا لم يقم بهذا الواجب ، كان الجزاء هو إجباره على وفاء التزامه عن طريق التنفيذ القهرى ، وإجراءات التنفيذ إجراءات مادية فى مجموعها .

ثم إن الوفاء اتفاق مفروض بعد ذلك على الدائن نفسه ، فلا يملك الدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء . ولو عرض المدين الدين على الوجه الواجب قانوناً ، وامتنع الدائن عن قبوله ، فانه يجبر على القبول من طريق إجراءات العرض الحقيقى التى سيأتى تفصيلها . وحينئذ يصبح الوفاء الذى يشتمل عليه العرض الحقيقى تصرفاً قانونياً بارادة منفردة (acte juridique unilatérial) هى إرادة المدين ، وليس اتفاقاً (convention) بين المدين والدائن . ومن ذلك نرى أن الوفاء يكون فى الأصل اتفاقاً ما بين المدين والدائن ، إلا إذا رفض الدائن دون حق قبول الوفاء وعرض المدين الدين عرضاً حقيقياً ، فعندئذ يصبح الوفاء تصرفاً قانونيا بارادة منفردة هى إرادة المدين وحده(١) .

٣٦٣ — الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء :
ولا يملك الطرفان ، كما قدمنا ، أن يغيرا من محل الوفاء ، فهذا المحل يجب أن يكون هو نفسه محل الدين الواجب الوفاء . فان كان المحل نقداً ، وجب أن يكون الوفاء بهذا النقد . وإن كان عيناً أو عملا أو امتناعاً عن عمل ، وجب أن يكون الوفاء بهذا نفسه دون أى تحوير . ولا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل الوفاء بغير محل الدين ولو كان ما يفى به أكثر مما التزم ، وكذلك لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أن يفى له بغير محل الدين ولو كان هذا أقل من قيمة

---

(١) قارب دى باج ٣ فقرة ٣٩٦ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨ — ص ١١ .

الدين . فلا خيار إذن لا للمدين ولا للدائن فى تعيين محل الوفاء ، بل يجب أن يكون هو عين محل الدين الواجب الأداء . أما إذا وفى المدين بغير محل الدين ، فليس هذا وفاء بل هو وفاء بمقابل ، وهو يقتضى اتفاق المدين والدائن ، ولا يتم بإرادة أحدهما دون الآخر كما سنرى .

ويتبين من ذلك أن المقومات الخاصة للوفاء هى أنه مفروض على طرفيه ومفروض فى محله . فنتكلم فى الوفاء : (١) على طرفيه (٢) ثم على محل الوفاء ، متابعين فى ذلك الترتيب الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد(١) .

---

(١) ولم يستحدث التقنين المدنى الجديد شيئاً كثيراً فى الوفاء عما كان عليه التقنين المدنى السابق ، فيما خلا أن التقنين المدنى الجديد قد ضبط حدود بعض الأحكام ، كما فعل فى النصوص الخاصة بتعيين من يصح الوفاء منه والنصوص المتعلقة بالوفاء مع الحلول وما يترتب عليه من آثار وما ينشأ فى شأنه من تزاحم . كذلك عرض التقنين الجديد للقواعد الموضوعية المتعلقة بالعرض الحقيقى والإيداع ، وترك الإجراءات الشكلية لتقنين المرافعات (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٧ — ص ١٦٨) .

الفصل الأول

طرفا الوفاء

٣٦٤ - الموفى والموفى له : طرفا الوفاء هما الموفى ويغلب أن يكون هو المدين نفسه وقد يكون غير المدين ، والموفى له ويغلب أن يكون الدائن وقد يكون غير الدائن .

الفرع الأول

الموفى (Solvens)

٣٦٥ - يشترط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف -

النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكاً للشيء الذى وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه » .

« ٢ - ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى »(١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٧ من المشروع النهائى ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٤ — ١٧٥) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٦٥/٢٢٨ و١٦٦/٢٢٩(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٢ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد من ٣٧٦ إلى ٣٧٨ — ولا مقابل لها فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(٣) .

---

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٦٥/٢٢٨ : يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلا للتصرف والدائن أهلا للقبول .

م ١٦٦/٢٢٩ : ومع ذلك يزول الدين بدفعه ممن ليس أهلا للتصرف إذا كان مستحقاً عليه ولم يعد عليه ضرر من دفعه — (وتتفق أحكام التقنين المدنى السابق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٢٤ (مطابقة للمادة ٣٢٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣١٢ (مطابقة للمادة ٣٢٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٧٦ : يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكاً لما دفعه ، فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله ، فللدائن الرجوع بدينه على غريمه .

م ٣٧٧ : إذا كان المدين صغيراً مميزاً ، أو كبيراً معتوهاً ، أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، ودفع الدين الذى عليه ، صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى .

م ٣٧٨ : لا يصح للمدين أن يوفى دين أحد غرمائه فى مرض موته إذا أدى هذا إلى الإضرار ببقية الدائنين .

(وهذه النصوص تتفق فى أحكامها مع أحكام التقنين المصرى . وصياغتها تساير الفقه الإسلامى كما هو ظاهر . وقد جاء فى المادة ٣٧٦ أن المدفوع إذا استحق بالبينة كان للدائن الرجوع بدينه على المدين ، تحرزاً من أن يكون المدفوع قد استحق بإقرار الدائن فلا رجوع له فى هذه الحالة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر . وجاء فى المادة ٣٧٨ أن المدين إذا وفى ديناً وهو فى مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فأدى الوفاء بالدين إلى الإضرار ببقية الدائنين ، فإن الوفاء لا يصح . وليس ذلك إلا تطبيقاً للفقه الإسلامى فى تصرفات المريض مرض الموت . وهذا الحكم يصح تطبيقه فى مصر على أساس أن الوفاء فى هذه الحالة تصرف صدر من مدين معسر ، ما دام الوفاء قد أدى إلى الإضرار ببقية الدائنين ، فلا يسرى فى حقهم إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه (م ٢٤٢/٢ مدنى) . انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٨٣ . وهو يذهب إلى أن هناك تعارضاً بين القول بصحة الوفاء الصادر من ناقص الأهلية إذا لم يلحق به ضرراً والقول بأن تصرفات ناقص الأهلية موقوفة على الإجازة . ونرى أن هذا التعارض — إن وجد — لا يجوز أن يمنع المشرع من تصحيح الوفاء الصادر من ناقص الأهلية ما دام هذا التصرف لم يلحق به ضرراً ، فهو فى هذه الحالة تصرف نافع إذ قضى الدين الذى فى ذمته) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل فيه . ولكن نص التقنين المصرى ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيصح تطبيق حكمه فى لبنان دون حاجة إلى نص .

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لصحة الوفاء ، سواء كان الموفى هو المدين نفسه أو كان غير المدين ، أمران : (١) ملكية الموفى للشيء الذى وفى به (٢) وأهليته للتصرف فى هذا الشيء .

وغنى عن البيان أن هذين الشرطين يفترضان أن محل الالتزام شيء لم تنتقل ملكيته إلى الدائن بمجرد نشوء الالتزام أو عين معينة تراخى نقل الملكية فيها . أما إذا كان محل الالتزام نقوداً أو عملا أو امتناعاً عن عمل ، فان النص لا ينطبق(١) .

٣٦٦ — ملكية الموفى للشيء الذى وفى به : لا بد أن يكون الموفى مالكاً للشيء الذى يوفى به الدين ، لأن المقصود بالوفاء هو نقل ملكية هذا الشيء للدائن ، ولا يستطيع الموفى أن ينقل للدائن ملكية شيء لا يملكه ، فتتخلف الغاية من الوفاء ، ويكون الوفاء قابلا للإبطال على غرار بيع ملك الغير(٢) .

و يبقى الوفاء قابلا للإبطال حتى لو انتقلت ملكية الشيء إلى الدائن بسبب عارض غير الوفاء ، كما لو كان الشيء منقولا وكان الدائن حين تسلمه من المدين حسن النية فملكه بسبب الحيازة ، أو كان عقاراً وملكه بالتقادم القصير مع حسن النية(٣) ، فى مثل هذه الأحوال لا يكون الدائن مجبراً على التمسك بالحيازة أو بالتقادم إذا كان ضميره يأبى عليه أن يتمسك بذلك ، وله أن يرد الشيء على صاحبه ، وأن يطالب المدين بالوفاء مرة ثانية إذ وقع الوفاء الأول باطلا كما قدمنا(٤) .

والذى يتمسك ببطلان الوفاء فى الأصل هو الدائن الذى تقرر البطلان

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٦ ص ٢٢٣ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٨٦ — هيك ٨ فقرة ١٤ — لوران ١٧ فقرة ٤٩٣ .

(٢) وقد ورد فى بيع ملك الغير نص يقضى بأن يكون قابلا للإبطال ، وكذلك الوفاء بملك الغير فإن نص المادة ٣٢٥ مدنى يقضى بعدم صحته ، وتكييف عدم الصحة هنا هو القابلية للإبطال .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٥ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٢ وفقرة ١٤١٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٢ .

لمصلحته . ولما كان هذا الوفاء لا يسرى فى حق المالك الحقيقى للشىء الموفى به ، فان لهذا أن يسترده من الدائن بدعوى استحقاق لأن الوفاء لم ينقل ملكية الشىء إلى الدائن كما قدمنا ، فبقى الشىء على ملك صاحبه فله إذن أن يسترده ، وذلك مالم يكن الدائن قد ملك الشىء بالحيازة أو بالتقادم كما سبق القول . وكما يستطيع المالك أن يسترد الشىء يستطيع على العكس من ذلك أن يجيز الوفاء فيزول بطلانه ، قياساً على صحة بيع ملك الغير باجازة المالك الحقيقى : فتنتقل ملكية الشىء إلى الدائن بهذه الأجازة ، وينقلب الوفاء صحيحاً وينقضى به الدين(١).

وإذا أجاز الدائن الوفاء زال بطلانه أيضاً ، ولكن مادام المالك لم يجزه يبقى الوفاء غير سار فى حقه ولا تنتقل ملكية الشىء إليه ، فيبقى الدين دون وفاء . بل إن للمدين ، سواء أجاز الدائن الوفاء أو لم يجزه ، أن يطلب استرداد الشىء ليرده على صاحبه ، ولكن بشرط أن يوفى الدائن شيئاً معادلا له تماماً قبل أن يسترده(٢) .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١١ .

(٢) ويضطرب الفقه فى تكييف هذه الدعوى التى يسترد بها المدين الشىء من الدائن . فهى ليست بدعوى استحقاق ، لأن المدين ليس مالكاً للشىء . وهى ليست بدعوى استرداد غير المستحق لأن الدائن عندما تسلم الشىء من المدين كان دائناً له فعلا . وقد ذهب البعض إلى أن المدين يتمسك ببطلان الوفاء كما يتمسك به الدائن نفسه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٩) ، ولكن الوفاء إنما هو قابل للابطال لمصلحة الدائن لا لمصلحة المدين ، فالذى يتمسك ببطلانه هو الدائن دون المدين . وذهب بعض آخر إلى أن هذه دعوى من طبيعة خاصة ، تقوم على أساس مصلحة المدين فى وضع حد لوفاء غير صحيح قام به فأصبح مسئولا عن رد الشىء إلى صاحبه ، وهو يستعجل استرداد الشىء حتى يتمكن من رده (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٢ ص ٥٥٣ — وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٤٥ ص ٥١٢) .

ويبدو أن استرداد المدين الشىء من الدائن إنما هو محض تصحيح للوفاء غير الصحيح الذى قام به من قبل . وقد رأينا أن المدين لا يستطيع أن يسترد الشىء من الدائن قبل أن يسلمه بدلا منه شيئاً معادلا له تماماً ، حتى لو أن الشىء الذى كان قد وفى به أولا أعلى من الصنف المتوسط الذى كان يحق له أن يختاره لم يستطع أن يسترد هذا الشىء إلا بعد أن يسلم للدائن شيئاً من نفس الصنف الأعلى لا من الصنف المتوسط ، وحتى لو كان الالتزام تخييرياً واختار المدين أحد الشيئين لم يستطع استرداده إلا بعد أن يسلم للدائن شيئا معادلا له تماما دون الشىء الآخر (انظر فى هذا المعنى ديمولومب ٢٧ فقرة ١٠٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٨) . فاذا كان الدائن يتسلم شيئاً معادلا تماماً للشىء الذى أخذه ، فليست له أية مصلحة فى منع المدين من تصحيح العمل الخاطىء =

ونفرض فى هذا كله أن الشىء الموفى به لا يزال باقياً فى يد الدائن . أما إذا كان الدائن قد استهلكه ، وهو وقت تسلمه له ووقت استهلاكه إياه كان حسن النية ، أو اختلط بملكه اختلاطاً لا يمكن معه تمييزه وكان حسن النية على الوجه المتقدم(١) ، فانه يصبح بحكم الواقع مستوفياً لدينه ، وليس له أن يطالب بالوفاء به مرة أخرى . أما المالك الحقيقى فلا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق لأن الشىء لم يعد موجوداً ، ولا بدعوى تعويض لأنه حسن النية ولم يصدر منه أى خطأ . وإنما يرجع المالك على المدين ، إما بدعوى تعويض إذا كان المدين سيىء النيـة ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية .

لكن إذا هلك الشىء فى يد الدائن بسبب أجنبى ، فان هلاكه فى هذه الحالة لا يمنع الدائن من طلب إبطال الوفاء . فيطالب المدين بالوفاء مرة أخرى ، ولا يكون مسئولا عن رد الشىء الذى تسلمه لأنه هلك بسبب أجنبى (٢) . ولا يرجع المالك على المدين فى هذه الحالة إلا إذا كان المدين سيىء النية .

وغنى عن البيان أن الدائن لو علم منذ البداية ، وقبل أن يتسلم الشىء الموفى به ، أن هذا الشىء ليس بملك الموفى ، فان له أن يمتنع عن أخذه ، ولا يستطيع الموفى أن يجبره على تسلمه(٣) .

= الذى قام به ، فيجب أن يرد له الشىء بعد أن يأخذ ما يعادله . وهذا حكم للمسألة فيه وجه ظاهر .

ويترتب على أن للمدين الحق فى استرداد الشىء من الدائن بعد أن يعطيه شيئاً يعادله ما يأتى : ١ — إذا كان الشىء منقولا مثلا وملكه الدائن حسن النية بسبب الحيازة ، لم يستطع المالك استرداده منه . ولكن المدين يستطيع الاسترداد كما قدمنا ، ومتى استرد جاز للمالك فى هذه الحالة أن يسترد الشىء من المدين بعد أن كان لا يستطيع استرداده من الدائن . ٢ — فى الفرض المتقدم إذا تأخر المدين عن استرداد الشىء من الدائن ، جاز للمالك — باعتباره دائناً بالتعويض للمدين — أن يستعمل دعوى المدين فى استرداد الشىء من الدائن ، بعد أن يحل محل المدين فى استرداده بدعوى مباشرة (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٧ ص ٥١٧ — ص ٥١٨) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٢١ .

(٢) ماركاديه ٤ فقرة ٦٨٤ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٩٦ — لوران ١٧ فقرة ٤٩٧ — هيك ٨ فقرة ١٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٦ — عكس ذلك ديرانتون ١٢ فقرة ٣٢ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ .

٣٦٧ — أهلية الموفى للتصرف فى الشىء الموفى به : ويجب لصحة الوفاء كذلك أن يكون الموفى أهلا للتصرف فى الشىء الموفى به . فلا يكفى إذن أن يكون مالكاً للشىء ، بل يجب أن يكون مالكاً وأهلا للتصرف . وأهلية التصرف تقتضى بلوغ سن الرشد وألا يكون الموفى محجوراً عليه .

فاذا كان الموفى مالكاً للشىء الموفى به ولكنه غير أهل للتصرف فيه ، بأن كان مثلا قاصراً أو محجوراً عليه ، فان الوفاء يكون هنا أيضاً قابلا للابطال ، ولكن لسبب نقص الأهلية لا لسبب انعدام الملكية . وتختلف القابلية للابطال هنا عن القابلية للابطال هناك فيما يأتى :

(١) القابلية للابطال هنا مقررة لمصلحة ناقص الأهلية ، فلا يتمسك بها إلا الموفى ، ولا يجوز أن يتمسك بها الدائن مادام كامل الأهلية وقد استوفى حقه استيفاء صحيحاً . وقد رأينا فى حالة انعدام الملكية أن الدائن هو الذى يتمسك فى الأصل بابطال الوفاء إذ هو مقرر لمصلحته ، أما الموفى فيسترد الشىء بدعوى خاصة لا بدعوى الابطال لاعتبارات تتعلق بالعدالة .

(٢) وإذا هلك الشىء بسبب أجنبى فى يد الدائن ، كان الهلاك عليه ، إذ ليس له حق التمسك بابطال الوفاء كما قدمنا ، وليس من المعقول فى هذه الحالة أن المدين يتمسك بابطال الوفاء وإلا لما استرد الشىء بعد أن هلك بسبب أجنبى ولوجب عليه الوفاء بالدين مرة أخرى . وقد رأينا فى حالة انعدام الملكية أن الشىء إذا هلك بسبب أجنبى لم يهلك على الدائن ، بل له أن يتمسك بابطال الوفاء وأن يطالب المدين بالوفاء مرة أخرى .

(٣) ويمكن القول بوجه عام إن المدين إذا لم تتحقق له مصلحة فى إبطال الوفاء ، بأن كان الوفاء لم يلحق به أى ضرر ، فان له أن يبقى الوفاء قائماً فينقضى به الدين : لايطلب إبطاله إذ لا مصلحة له فى ذلك ، ولا يستطيع الدائن الدائن إبطاله إذ لاحق له فى التمسك بالإبطال . وهذا مانصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ مدنى إذ تقول : « ومع ذلك فالوفاء بالشىء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى » .

على أنه قد يحدث أن تكون للمدين مصلحة فى التمسك بإبطال الوفاء ، فعند ذلك يكون من حقه أن يبطله ، وأن يسترد الشيء الموفى به على أن يفى الدين بعد ذلك وفاء صحيحاً . ويتحقق ذلك بنوع خاص إذا كان المدين قد أدى للدائن صنفاً أعلى من الصنف الواجب أداؤه ، فيسترده ثم يفى بالصنف الأقل ، أو كان فى التزام تخييرى اختار أعلى الشيئين قيمة فوفى به فيسترده ثم يفى بالشيء الأقل قيمة(١) .

يبقى فرض ما إذا كان الدائن الذى تسلم الشيء من الموفى ناقص الأهلية قد استهلكه أو تصرف فيه ولو بحسن نية ، أيجوز فى هذا الفرض أن يتمسك الموفى ناقص الأهلية بإبطال الوفاء لتحقق مصلحة له فى هذا الإبطال على النحو الذى قدمناه ، أم أن حقه فى الإبطال يكون قد زال باستهلاك الدائن للشيء أو بالتصرف فيه بحسن نية ، كما هو الحكم فى حال انعدام الملكية ؟ إن الفقرة الثانية من المادة ١٢٣٨ من التقنين المدنى الفرنسي صريحة فى زوال حق الموفى ناقص الأهلية فى التمسك بإبطال الوفاء فى هذه الحالة(٢) . أما فى التقنين المدنى المصرى ، فان الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ تقتصر ، كما رأينا ، على القول بأن الوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى ، فاشترط النص لمنع الموفى ناقص الأهلية من التمسك

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٧٥ – ويلاحظ أنه قد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد مثل ما إذا عجل المدين الوفاء وأراد أن يسترد لينتفع بفسحة الأجل ، وهذا مثل لا يحتاج فيه إلى أن يكون الموفى ناقص الأهلية ، فحتى لو كان كامل الأهلية ووفى الدين قبل الأجل فإنه يستطيع الاسترداد (م ١٨٣/١ مدنى) .

(٢) وهذا ما تنص عليه المادة ١٢٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى : « ١ — حتى يكون الوفاء صحيحاً ، يجب أن يكون الموفى مالكاً للشيء الموفى به وأهلا للتصرف فيه . ٢ — ومع ذلك فالوفاء بمبلغ من النقود أو بشيء يستهلك بالاستعمال لا يسترد من الدائن إذا كان قد استهلكه بحسن نية ولو كان الوفاء بالشيء قد وقع من غير مالكه أو من شخص غير أهل للتصرف فيه » .

وننقل الأصل الفرنسى فيما يأتى :

Art. 1238 : Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. 2. Néanmoins le paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

بالإبطال ألا يلحقه من الوفاء ضرر . وفى الفرض الذى نحن بصدده لا يتحقق هذا الشرط إذا كان الشيء الموفى به أعلى قيمة من الدين على الوجه الذى أشرنا إليه ، إذ يصيب الموفى ضرر من الوفاء . فله إذن أن يتمسك بالإبطال ، خلافاً للحكم الوارد فى التقنين المدنى الفرنسي ، وهو حكم منتقد من الفقه الفرنسي(١) . ومن ثم فى التقنين المدنى المصرى يجوز للموفى ناقص الأهلية أن يتمسك بابطال الوفاء ، حتى لو كان الدائن قد استهلك الشيء الموفى به أو تصرف فيه بحسن نية ؛ وله أن يطالبه بالتعويض ، ثم يفى له بعد ذلك بالدين ، فيفيد من الفرق ما بين القيمتين .

٣٦٨ – الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين : وقد قدمنا أن الأصل فى الموفى أن يكون هو المدين نفسه ، ولكن يصح أن يكون غير المدين . فاذا كان الموفى غير المدين ، كان له الرجوع على المدين بما وفاه .

فنتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : (أولا) من يقوم بالوفاء (ثانياً) رجوع الموفى الذى ليس بمدين على المدين .

المبحث الأول

من يقوم بالوفاء

٣٦٩ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ » .

« ٢ – ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة

---

(١) انظر دمولومب ٢٧ فقرة ١٣١ — لوران ١٧ فقرة ٥٠٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣١ .

فى هـذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض » (١) .

ويقابل هـذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٥٩ / ٢٢٢ و١٦٠ / ٢٢٣(٢) .

ويقـابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٢ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٠١ – وفى التقنين المدنى العراقى المـادة ٣٧٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٩٢(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٥ من المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة « من الغير » الواردة فى آخر الفقرة الثانية بسبب « أن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء من الغير إذا كانت له مصلحة فى القيام بهذا الوفاء » ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . وفى لجنة مجلس الشيوخ أعيدت عبارة « من الغير » ، لأن المقصود « بالغير » هنا شخص لا مصلحة له فى الوفاء كما هو مفهوم من سياق الفقرة الثانية ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩ — ص ١٧٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٥٩/٢٢٢ : لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعى ذلك .

م ١٦٠/٢٢٣ : إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من النقود ، فيجوز وفاؤه من شخص أجنبى ولو على غير رغبة الدائن أو المدين . (والحكم واحد فى التقنين السابق والجديد ، ولو أن عبارات التقنين السابق لا تخلو من الاضطراب وليست فى وضوح التقنين الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣٢٢ (مطابقة للمادة ٣٢٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣١٠ (مطابقة للمادة ٣٢٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٧٥ : ١ – يصح وفاء الدين من المدين أو نائبه ، ويصح وفاؤه من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن ، مع مراعاة ماجاء بالمادة ٢٥٠ . ٢ – ويصح أيضاً وفاء الدين من أجنبى لا مصلحة له فى الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره ، على إنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . (ويتفق حكم التقنين العراقى مع حكم التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٩٢ : يجب على المديون أن ينفذ بنفسه الموجب حينما =

ويتضح من النص المتقدم أن الذى يقوم بالوفاء إما أن يكون : (١) المدين أو نائبه . (٢) أو شخصاً له مصلحة فى وفاء الدين . (٣) أو أجنبيا لامصلحة له فى الوفاء .

٣٧٠ — الموفى هو المدين أو نائبه : الأصل فى الموفى هو أن يكون المدين ذاته كما تقدم القول ، لأنه هو الذى يجبر على الوفاء ، وله المصلحة الأولى فيه . وما لم يوجد شخص آخر يفى بالدين ، فعبء الوفاء يقع على المدين . فالمدين إذن له حق الوفاء بالدين ، وعليه فى الوقت ذاته واجب هذا الوفاء . بل إنه فى بعض الحالات يتعين على المدين بالذات أن يقوم هو نفسه بالوفاء ، ولا يجوز لأحد غيره ذلك ، فقد نصت المادة ٢٠٨ مدنى على أنه : « فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين »(١) .

وفى غير هذه الحالات يجوز أن يقوم بالوفاء نائب المدين ، والوفاء كما رأينا تصرف قانونى يجوز أن يتم بطريق النيابة ككل تصرف قانونى آخر . ونائب المدين هو وكيله فى وفاء الدين ، وكالة عامة إذا كان الوفاء من أعمال الإدارة(٢) ، ووكالة خاصة إذا كان من أعمال التصرف . وإذا كان المدين ناقص الأهلية أو محجوراً ، فانه لا يحق له كقاعدة عامة أن يقوم هو نفسه بالوفاء إذ تنقصه أهلية الأداء ، والذى يقوم بالوفاء فى هذه الحالة هو ولى المدين أو وصيه أو القيم عليه . وإذا كان المدين مفقوداً ، كان لوكيله المعين قانوناً أن يقوم عنه بالوفاء . كذلك يجوز للحارس على أموال المدين ، أو للسنديك فى حالة

= يستفاد من نص العقد أو من ماهية الدين أن من الواجب عليه أن يقوم هو نفسه بالتنفيذ . أما فى غير هذه الأحوال فيصح أن يقوم بالتنفيذ أى شخص كان عن غير علم من المديون وبدون أن يحق للدائن الاعتراض على هذا التدخل .

(ويتفق حكم التقنين اللبنانى مع حكم التقنين المصرى) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخادم دين مخدومه يفترض أنه دفعه من مال المخدوم الذى تحت يده أو فى تصرفه حتى يثبت خلاف ذلك (٢٥ مارس سنة ١٨٩٠ الحقوق ١٥ ص ١٠٦) .

إفلاس المدين ، أن يقوم بالوفاء ، فكلاهما فى ذلك يعتبر نائباً عن المدين .

وقد يوكل المدين مصلحة البريد فى وفاء الدين ، فيتم الوفاء عن طريق حوالة البريد . ويكون المدين مسئولا عن كل خطأ يقع من مصلحة البريد ، مسئولية الموكل عن وكيله(١) . كذلك قد يوكل المدين مصرفاً فى وفاء الدين ، عن طريق الدفع لحساب الجارى للدائن فى هذا المصرف . فاذا أخطأ المصرف وأضاف ما دفعه المدين إلى حساب شخص آخر ، كان المدين مسئولا عن خطأ المصرف(٢) .

٣٧١ — الموفى هو شخص له مصلحة فى الوفاء : وإذا لم يكن الوفاء متعيناً على المدين بالذات ، جاز أن يقوم بالوفاء لا المدين ولا نائبه ، بل شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء ، ويقوم حقه فى الوفاء على هذه المصلحة .

وممن له مصلحة فى وفاء الدين المدين المتضامن ، والمدين مع غيره فى دين غير قابل للانقسام ، والكفيل الشخصى سواء كان متضامناً مع المدين أو مع الكفلاء الآخرين أو غير متضامن مع أحد ، والكفيل العينى ، والحائز للعقار المرهون . كل هؤلاء لهم مصلحة فى وفاء الدين ، لأنهم إما ملزمون بالدين مع المدين أو ملزمون بوفائه عنه . ومن ثم يكون لهم حق الوفاء ، ويقع عليهم فى الوقت ذاته واجب الوفاء ، مثلهم فى ذلك مثل المدين نفسه . وسنرى أنهم ، عندما يقومون بوفاء الدين ، يحلون حلولا قانونياً محل الدائن فى الرجوع على المدين(٣) .

ولما كان هؤلاء الذين لهم مصلحة فى الوفاء يقع عليهم واجب الوفاء كما قدمنا ، فانه لا يجوز للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء بناء على اعتراض من المدين

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٠ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٠ ص ٥٥٢ هامش رقم ١ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٠ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخصم المحكوم لصالحه مصروفات الدعوى حتى يحصل على صورة الحكم الصادر لصالحه ، حل قانوناً محل قلم الكتاب ، وأصبح له ما لقلم الكتاب من الحقوق ضد المدعى عليه بشأن المصروفات (٦ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٥ ص ٢٠٢) .

يبلغه إياه ، بل وحتى بناء على اتفاق بينه وبين المدين . ذلك أن اتفاق المدين والدائن على قبول الوفاء إنما يصح وينتج أثره ، كما سنرى ، إذا كان الموفى شخصاً أجنبياً ليست له مصلحة فى الوفاء ، فان الأجنبي لا يقع عليه واجب الوفاء كالشخص ذى المصلحة فيه ، ومن ثم جاز منعه من الوفاء باتفاق بين الدائن والمدين .

٣٧٢ — الموفى هو أجنبي بيـ مصلحة له فى الوفاء : وقد يكون الموفى أجنبياً أصلا عن المدين ، ليس هو المدين ولا نائبه ، وليست له مصلحة قانونية فى وفاء الدين ، ومع ذلك يتقدم لوفائه . فقد يكون من أقرباء المدين ، أو صديقاً له ، تقدم عنه لوفاء الدين خوفاً عليه من إجراءات التنفيذ وما تهدده به من خسائر . وقد يكون شريكاً للمدين فى التجارة ، ويخشى ما يحدث التنفيذ الجبرى على المدين من أثر فى تجارتهما المشتركة . وهو على كل حال يغلب أن يكون ، من الناحية القانونية ، فضوليا يقوم بمصلحة عاجلة للمدين دون أمر منه ، إذ لو وفى الدين بأمر المدين كان وكيلا عنه فى الوفاء . ويبقى فضوليا حتى لو تقدم لوفاء الدين بغير علم المدين ، بل إن هذا هو الأصل فى الفضولى(١) .

ويصح للأجنبي أن يقوم بالوفاء حتى لو كان ذلك رغم إرادة المدين ، بأن نهاه المدين عن الوفاء فلم ينته ، وقبل الدائن منه الوفاء . فان الوفاء فى هذه الحالة يكون مبرئاً لذمة المدين ، ولكن الموفى لا يرجع عليه بدعوى الفضولى بل بدعوى الإثراء بلا سبب .

ذلك أن الأصل أن يكون لكل شخص حق الوفاء بدين غيره ، ولو كان أجنبياً عن المدين . وليس للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء ، إذ ليست له مصلحة فى ذلك ما دام يستوفى حقه استيفاء صحيحاً . وسيان أن يستوفيه من مدينه نفسه أو من غير مدينه ، مالم تكن طبيعة الدين أو اتفاق الطرفين يقضى بأن المدين

---

(١) ولا يكون للأجنبى الذى وفى الدين ، فى هذه الحالة ، أن يحل محل الدائن حلولا قانونياً فى الرجوع على المدين . وإنما يجوز له الحلول الاتفاقى كما سنرى ، إما باتفاق مع الدائن وإما باتفاق مع المدين (انظر دى باج ٣ فقرة ٤٠٦ ص ٣٨١) .

نفسه هو الذى يقوم بالوفاء، كما قضت بذلك المادة ٢٠٨ فيما مر . وفى غير هذا الاستثناء الوارد فى المادة ٢٠٨ يتعين على الدائن أن يقبل الوفاء ، ولا يجوز له أن يمتنع عن قبوله إلا بشروط ثلاثة : (١) أن يكون الموفى أجنبياً عن الدين ليست له مصلحة قانونية فى وفائه . (٢) وأن يكون المدين معترضاً على وفاء الأجنبي بالدين وقد أبلغ الدائن هذا الاعتراض . (٣) وأن يكون الدائن نفسه لا يريد أن يستوفى الدين من الأجنبي . فاذا اختل شرط من هذه الشروط الثلاثة ، تعين على الدائن قبول الوفاء . فلو كان للموفى مصلحة قانونية فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب المدين وحده ، ولكن الدائن قبل الوفاء من الأجنبى ، فان هذا الوفاء يبرىء ذمة المدين كما سبق القول . وكذلك لو كان الموفى ليست له مصلحة فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب الدائن وحده ، دون أن يعترض المدين ، فان الدائن يجبر على قبول الوفاء ويكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين(١) .

المبحث الثاني

رجوع الموفى على المدين

٣٧٣ — دعويان — الدعوى الشخصية ودعوى الحلول : إذا كان الموفى هو المدين أو نائبه ، فقد برئت ذمة المدين من الدين، ولا رجوع له على أحد لأنه إنما وفى دين نفسه، ولا رجوع لأحد عليه لأنه قام بوفاء دينه بنفسه .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٠ .
هذا ويجب على الأجنبى أن يعرض وفاء الدين دون أن يقيد عرضه بأى شرط . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن العرض الحاصل من غير المشترى على البائع بوفاء الثمن غير مقبول قانوناً ، إذا قيد الأجنبى عرضه بشروط تقضى على البائع أن يقبل التعاقد مع آخرين . ولا عبرة بتمسك المشترى ومن معه بأنه يجوز لشخص أجنبى أن يدفع عن المدين ولو على غير رغبة الدائن ، لأن هذا لا يصح إلا إذا كان العرض حاصلا بدون قيد ولا شرط (١٠ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ٥٤) . كذلك لا يجوز للأجنبى أن يجعل الوفاء عن طريق المقاصة بين الدين وحق له فى ذمة الدائن ، فإن المقاصة لا تكون إلا فى دينين متقابلين (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ — وقارن ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢) .

وأما إذا وفى الدين غير المدين ، سواء كان للموفى مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، فانه ، مالم يكن متبرعاً بوفاء الدين وهذا لابد فيه من ظهور نية واضحة لأن التبرع لايفترض ، يجوز له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه عن طريق دعوى شخصية (action personnelle) يعضها القانون إياه ، وتتكيف هذه الدعوى بحسب الظروف . وقد يكون له نوق ذلك ، أى غير الدعوى الشخصية ، دعوى الدائن نفسه الذى وفاه حقه فيحل محله فيه ، ومن ثم سميت هذه الدعوى الأخرى بدعوى الحلول (action en subrogation) .

فهناك إذن دعويان للموفى(١) يرجع بهما على المدين : (١) الدعوى الشخصية (٢) ودعوى الحلول .

٣٧٤ — الدعوى الشخصية — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٤ من التقنين المدنى على مايأتى :

« ١ — إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر مادفعه » .

« ٢ — ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء(٢) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٢٤/١٦١ و٢٢٦/١٦٣(٣) .

---

(١) وغنى عن البيان أنه لابد أن يسبق ذلك وفاء الدين وفاء مبرئا للذمة (استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٤٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « بقدر ما دفعه » الواردة فى آخر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة ، وأصبحت المادة رقمها ٣٣٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٢ — ص ١٧٣) .

(٣) التقنين المدنى السابق : م ٢٢٤/١٦١ : من دفع دين شخص فله حق الرجوع عليه بقدر ما دفعه ومطالبته بناء على ما حصل له من منفعة بسداد الدين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربيـة الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٣ — وفى التقنين المدنى الليبي المـادة ٣١١ — ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١) .

ويخلص من هذا النص أن الموفى لدين غيره ، سواء كانت له مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، يستطيع ، مالم يكن متبرعاً كما قدمنا ، أن يرجع بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار مادفعه وفاء للدين(٢) .

وقد تكون هذه الدعوى الشخصية قائمة على أساس عقد قرض ، بأن يقرض الغير للمدين مبلغاً من المال يكفى لوفاء دينه . ويقوم المدين نفسه بوفاء الدين من هذا القرض . فيرجع الغير على المدين بموجب عقد القرض . ولكن الموفى للدين فى هذه الحالة إنما يكون المدين نفسه ، أو المقرض كنائب عن المدين وبوكالة منه(٣) .

على أن الغالب هو أن يوفى الغير الدين بنفسه للدائن . فنى هذه الحالة يرجع على المدين بدعوى شخصية ، قوامها إما الفضالة وإما الإثراء بلا سبب .

= م ١٦٣/٢٢٦ : إذا دفع إنسان دين آخر بغير إرادته ثم رجع عليه ، فللمدين المذكور الحق فى عدم قبول ما دفع عنه كله أو بعضه إذا أثبت أن مصلحته كانت تقتضى امتناعه عن الدفع للدائن الأصلى .

(والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد كما نرى) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٢٣ (مطابقة للمادة ٣٢٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبي : م ٣١١ (مطابقة للمادة ٣٢٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل فيه للنص — هذا والرجوع بالدعوى الشخصية على الدائن فى التقنين العراقى لا يكون إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، ما لم يكن الموفى مأموراً من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة ويكون نائباً عنه فى الوفاء بالدين . أما الرجوع بدعوى الفضالة فلا يجوز ، لأن التقنين العراقى لم يجعل الفضالة مصدراً للالتزام متأثراً فى ذلك بالفقه الإسلامى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل فيه للنص — ولكن نص التقنين المصرى ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به فى لبنان دون نص .

(٢) استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٢٩ ص ٥١٥ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٩ .

ويكون قوامها الفضالة إذا كان الغير قد وفى الدين بعلم المدين لكن دون تفويض أو وكالة ، أو بغير علمه ولكن دون معارضته ، ويرجع الغير بمقدار مادفعه وفاء للدين مع الفوائد من يوم الدفع وفقاً لقواعد الفضالة .

وتكون الدعوى الشخصية قوامها الإثراء بلا سبب إذا كان الغير قد وفى الدين رغم معارضة المدين، فنى هذه الحالة لاتتوافر شروط الفضالة ولا يبقى أمام الغير إلا الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب . ويرجع بأقل القيمتين مقدار ما دفع ومقدار ما وفى من الدين ، ويغلب أن تكون القيمتان متعادلتين ، إلا أنه قد يوفى الدين بمبلغ أقل من مقداره فلا يرجع على المدين بمقدار الدين بل بمقدار ما وفى .

وسواء رجع الموفى على المدين بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، فانه لا يستطيع الرجوع بشيء إلا إذا كان الوفاء نافعاً للمدين . فاذا كان قد وفى ديناً انقضى كله أو بعضه ، أو كان للمدين دفوع ضد الدين ، وكان الوفاء بغير أمر المدين ، كان الموفى مسئولا عن ذلك . فلو أن المدين كان قد وفى الدين قبل أن يوفيه الغير(١) ، أو وفى قسطاً منه ثم وفاه الغير كله دون اعتبار للقسط الذى دفع ، فان الغير فى الحالة الأولى لا يرجع بشيء على المدين لأن هذا كان قد وفى الدين كله فلم يفد شيئاً من الوفاء الذى قام به الغير ، ويرجع فى الحالة الثانية بالباقى من الدين بعد استنزال القسط الذى وفاه المدين لأن هذا هو القدر الذى أفاد منه المدين . ولو أنه كان للمدين دفوع ضد الدين وقت وفاء الغير له، بأن كان له مثلا فى ذمة الدائن دين مماثل له وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينقضى الدين دون حاجة إلى الوفاء ، أو لو كان الدين قد انقضى بسبب آخر غير المقاصة كالتجديد أو الإبراء أو التقادم(٢) ومع ذلك وفاه الغير ، فان الغير

---

(١) وكذلك إذا كان الغير قد وفى الدين قبل وفاء المدين له ، ولكن لم يخطر المدين بهذا الوفاء فوفى المدين الدين مرة أخرى ، فلا رجوع للموفى على المدين لأن المدين لم يفد شيئاً من هذا الوفاء ، وإنما يرجع الموفى على الدائن ليسترد منه ما أخذ دون حق (بودرى وبارد ٢ نقرة ١٤٠٠) .

(٢) بل إن الدين إذا كان لم يسقط بعد بالتقادم ، ولكن بقيت مدة قليلة لتمام التقادم بحيث لو لم يوف الغير الدين لا نقضت هذه المدة ولسقط الدين بالتقادم ، فإن المدين يستطيع —

لا يرجع بشيء على المدين لأن الوفاء الذى قام به لم يفد المدين منه شيئاً . ولو أن المدين كان يستطيع أن يطعن فى الدين بالإبطال لنقص الأهلية أو لعيب فى الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يطعن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعيب فى المحل أو فى السبب أو فى الشكل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بالفسخ لتحقق شرط فاسخ أو أن يتمسك بعدم النفاذ لعدم تحقق شرط واقف أو لعدم حلول الأجل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بأى دفع آخر ، فان هذا كله يكون محل اعتبار عند رجوع الموفى على الدين ، فلا يرجع الأول على الثانى إلا بقدر ما أفاد الثانى من الوفاء (١) .

٣٧٥ — دعوى الحلول : وقد يكون للموفى ، إلى جانب الدعوى الشخصية ، كما قدمنا ، دعوى الحلول . فيحل محل الدائن فى نفس الدين الذى وفاه ، ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه ، لا بدين جديد كما يفعل فى الدعوى الشخصية (٢) .

= أن يتمسك بهذا الدفع إذا رجع الموفى عليه ، لأنه لولا وفاء الغير للدين لسقط بالتقادم ، فكأن المدين لم يفد شيئاً من الوفاء (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٩ ص ٥٠٥) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٢ — ولكن يجب أن يكون الاعتراض الذى يقيمه المدين اعتراضاً جدياً . فإذا كان المبلغ المدفوع صادراً به أحكام نهائية ومأخوذاً به اختصاص على عقار المحكوم عليه ، لم يلتفت إلى قول المدين من أنه ينازع المدفوع إليه فى مقدار الدين أمام محكمة أخرى (استئناف أهلى ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٤) . وللمدين أن يدفع مطالبة الغير بما كان يدفع به مطالبة الدائن (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا دفع الغير ديناً على تركة ، رجع على الورثة فى حدود أموال التركة (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٨٩) .

(٢) وترجع دعوى الحلول فى أصلها إلى القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون يقضى بأن ينزل الدائن عن دعواه لمن يوفيه حقه فى حالات كثيرة ، فإذا رفض النزول عن دعواه كان لمن وفى له حقه أن يواجهه بدفع فى خصوص ذلك (cedendarum actionum) ، بل كان يفترض فى بعض الحالات أن النزول عن الدعوى قد تم فعلا . وكان القانون الرومانى ، من جهة أخرى ، يجعل لمن يوفى ديناً مضموناً برهن الحق فى أن يخلف الدائن فى هذا الرهن (successio in locum creditoris) ، أو فى مرتبته (جيرار طبعة ثالثة ص ٧٥٤ — ص ٧٥٧ — ص ٧٧٦ هوامش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) . =

وحلول الموفى محل الدائن إما أن يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانونى ، وإما أن يكون بموجب الاتفاق ويقال له الحلول الاتفاقى . ولدعوى الحلول ، قانونياً كان الحلول أو إتفاقيا ، أحكام خاصة تميزها عن الدعوى الشخصية . فعندنا إذن مسألتان : (١) مصدر الحلول (٢) أحكام الرجوع بدعوى الحلول .

المطلب الأول

مصدر الحلول

§ ١ — الحلول القانونى

(Subrogation légale)

٣٧٦ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ٣٢٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية » :

« ا — إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين ، أو ملزماً بوفائه عنه » .

« ب — إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عينى ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين » .

= وحلول الموفى محل الدائن نافع من كل الوجوه . فهو نافع للموفى ، إذ ييسر له سبيلا ممهداً للرجوع بحقه ، ويهيىء له أسباباً لاستغلال ماله . وهو نافع للدائن ، إذ يستطيع بفضل الحلول أن يجد من يوفى له حقه فى وقت يكون المدين فيه غير قادر على الوفاء . وهو نافع للمدين ، إذ يتوقى أن يعجل الدائن بالتنفيذ ضده ، ويغلب أن يتمكن من استمهال الدائن الجديد الذى وفى الدين . ثم إن الحلول لا يضر أحداً ، فإن الدائن الجديد لم يزد على أن حل محل الدائن القديم ، فلا يتأذى من ذلك الدائنون الآخرون ولا الكفلاء ، إذ لم يتغير عليهم من الدائن غير اسمه (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٦ ص ٦١٦ — ص ٦١٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٩ ص ٦٢٦ — ص ٦٢٧) .

« جـ – إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم » .

« د – إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٢/٢٢٥(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٥ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٣ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٧٩ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣١٠ إلى ٣١٢(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٧ – ص ١٧٩) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٦٢/٢٢٥ : التأمينات التى كانت على الدين الأصلى تكون تأميناً لمن دفعه فى الأحوال الآتية فقط : أولا . . . . ثانياً – إذا كان الدافع ملزماً بالدين مع المدين أو بوفائه عنه . ثالثاً – إذا كان الدافع دائناً وفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن العقارى ، أو أدى ثمن عقار اشتراه للدائنين المرتهنين لذلك العقار . رابعاً – إذا كان القانون مصرحاً بحلول من دفع الدين محل الدائن الأصلى .

(ومن هذا يتبين أن أحوال الحلول القانونى فى التقنين المدنى السابق هى نفس أحواله فى التقنين المدنى الجديد . ويبدو من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذى وفى قد انقضى ، فيرجع الموفى بدين جديد تنتقل إليه تأمينات الدين القديم . أما فى التقنين الجديد ، فواضح أن الرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفوعه ، كما سنرى) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٢٥ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣١٣ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٧٩ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣١٠ : يكون الإيفاء مسقطاً للدين إسقاطاً مطلقاً نهائياً بالنظر إلى جميع أصحاب الشأن . ويجوز أن يكون الإيفاء مقتصراً على نقل الدين إذا كان مقترناً باستبدال . فيقدر عندئذ أن الدين موفى كله أو بعضه من قبل شخص لا يجب أن يحمل كل العبء بوجه نهائى ، فيحل محل الدائن الذى استوفى حقه ليتمكن من الرجوع على المديون الأصلى أو على الشركاء فى الموجب .

م ٣١١ : إن الاستبدال يكون إما بمقتضى القانون وإما بمشيئة الدائن أو المديون –

ويخلص من هذا النص أن هنـاك حالات معينة للحلول القانونى نص عليهـا القانون(١) ، ولا يمكن أن يكون هناك حلول قانونى دون نص . ونستعرض هذه الحالات .

٣٧٧ — الموفى ملزم بالدين مع المدين أو ملزم عنه: وهذه الحالة هى أعم حالات الحلول القانونى ، إذ الحالات الأخرى ليست إلا ذات نطاق محدود ، بل إن الحالة الثالثة منها — حالة ما إذا كان الموفى حائزاً للعقار المرهون — ليست إلا تطبيقاً خاصاً من تطبيقات الحالة الأولى كما سنرى . ثم إن علة الحلول القانونى هنا واضحة ، فالموفى ملزم بالدين مع المدين أو عنـه ، فله مصلحة كبرى فى أدائه ، بل هو يجبر على هذا الأداء ، ومن ثم حق له فى رجوعه على المدين أن يرجع عليه بدعوى الدائن بعد أن يحل محله .

= م ٣١٢ : يكون الاستبدال قانونياً فى الأحوال الآتية : أولا — لمصلحة الدائن العادى، والمرتهن أو صاحب التأمين الذى يوفى حقوق دائن آخر له حق الأولوية عليه . غير أن الاستبدال فيما يختص بالحقوق الخاضعة للقيد فى السجل العقارى لا يكون له مفعول إلا بعد إتمام هذا القيد . ثانياً — لمصلحة الملزم بالإيفاء مع الآخرين (كما فى الموجبات المتضامنة أو غير المتجزئة) أو الملزم بالأيفاء من أجل آخرين (كالكفيل أو الشخص الثالث محرز العقار المرهون) إذا أجبر على الإيفاء أو كان الإيفاء من مصلحته . ثالثاً — لمصلحة الوارث الذى أوفى من ماله ديون التركة .

(وأحوال الحلول القانونى فى التقنين اللبنانى مماثلة لأحواله فى التقنين المصرى، فيما عدا حالة الوارث).

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة ٣٢٦ مدنى ما يأتى : « استبقى المشروع هذا النص من المادة ١٦٢/٢٢٥ من التقنين الحالى (السابق) مع تعديل صياغتها تعديلا استلهم فيه على وجه الخصوص عبارة المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى . بيد أنه شذ عن مذهب هذا التقنين فى التفريق بين الحلول القانونى وهو ما يقع بحكم القانون والحلول الاتفاقى وهو ما يقع برضاء الدائن . وقد نقلت أحوال الحلول القانونى جميعاً عن التقنين القائم ، وهى يورد منها ما جرت سائر التقنينات على إيراده (أنظر المادة ١٢٥١ من التقنين الفرنسى والمادة ١٨٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٣١٢ من التقنين اللبنانى ، وهطابق لمعنى النص المادة ١٢١٠ من التقنين الأسبانى والمادة ٧٧٩ من التقنين البرتغالى والمادة ١١٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٩٨٥ من التقنين البرازيلى ، وتتكلم المادة ٢٦٨ من التقنين الألمانى عن انتقال الحق أو تحويله لا عن الحلول) . ويراعى أن الموفى ، فى جميع أحوال الحلول القانونى ، يكون غيراً له مصلحة فى الوفاء بالدين . فله ، والحال هذه ، أن يوفى رغم إرادة المدين والدائن على حد سواء ، وبذلك يتم له الحلول بحكم القانون محل الدائن الذى استوفى حقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨) .

ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً(١) ، أو مديناً مع المدين فى دين غير قابل للانقسام ، أو كفيلا متضامنا مع كفلاء آخرين فى علاقته بهؤلاء الكفلاء .

ويكون الموفى ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلا شخصياً ، أو كفيلا عينيا ، أو حائزاً للعقار المرهون(٢) .

فأى من هؤلاء وفى الدين رجع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحل محله بحكم القانون .

فاذا وفى المدين المتضامن كل الدين للدائن ، جاز له أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين متضامن معه بقدر حصته فى الدين ، وقد مر بيان ذلك فى التضامن . وإذا وفى المدين فى دين غير قابل للانقسام الدين للدائن ، جاز له أيضاً أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين معه فى هذا الدين بقدر حصته من الدين ، وقد مر بيان ذلك فى الالتزام غير القابل للانقسام . وإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين الدين كله للدائن ، رجع على كل كفيل بدعوى الحلول بمقدار نصيبه فى كفالة الدين ، وهذه غير دعوى الحلول التى يرجع بها على المدين .

وإذا وفى الكفيل الشخصى أو العينى الدين عن المدين : جاز له الرجوع بدعوى الحلول على المدين بكل مادفعه ، لأن المدين يجب أن يتحمل الدين كله (٣) . وكذلك إذا انتقلت ملكية عقار مرهون إلى شخص ، بالبيع أو الهبة

---

(١) حتى لو كان المدين الذى تضامن معه أبرئ من التضامن ومع ذلك رجع الدائن على المدين المتضامن بكل الدين (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ : — وإذا دفع وارث ديناً على التركة ، حل محل الدائن فى الرجوع على بقية الورثة (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٧) .

(٣) وقد جاء فى الموجز للمؤلف : « والكفيل ، سواء كان كفيلا شخصياً أو عينياً ، وسواء كان الكفيل الشخصى متضامناً مع المدين أو غير متضامن ، يحل محل الدائن إذا وفى له الدين فإذا كان الكفيل كفيلا شخصياً متضامناً مع المدين ، ودفع الدين عنه ، فإنه يرجع عليه بكل ما دفعه ، ويحل فى هذا الرجوع محل الدائن فى كل ماله من تأمينات . وكذلك الأمر لو كان الكفيل الشخصى غير متضامن مع المدين . غير انه يلاحظ فى الحالتين أن الكفيل إذا حل محل =

أو المقايضة أو أى سبب آخر لانتقال الملكية ، فانه يصبح ملزما بالدين عن المدين . فاذا وفى الدين حل محل الدائن قانونا ، ورجع بدعوى الحلول على المدين بكل مادفعه . وقد أفرد القانون هذه الحالة بالذكر كحالة خاصة من حالات الحلول القانونى ، وستكون محلا للبحث فيما يلى .

كذلك يمكن القول إن المتبوع مسئول عن التابع ، فاذا كان التابع مؤمناً على مسئوليته مثلا ، ورجع المصاب على المتبوع فوفى هذا دين التابع ،فانه يحل محل الدائن — المصاب — فى التأمين ، ويرجع بدعوى الحلول هذه على شركة التأمين(١) .

= الدائن فى الرجوع على كفلاء آخرين، فإنه لايرجع على كل كفيل إلا بقدرحصته منالدين بمقتضى حق التقسيم . وإذا كان الكفيل كفيلا عينياً ، ودفع الدين عن المدين ، فإنه يرجع على المدين بكل ما دفعه ، ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات . فإذا كانت هذه التأمينات كفيلا شخصياً ، رجع الكفيل العينى على الكفيل الشخصى بقدر حصة هذا الأخير ، ويقسم الدين بينهما على أساس أن الكفيل الشخصى قد كفل الدين وأن الكفيل العينى قد كفل الدين بقدر قيمة العين التى قدمها رهناً ، فيكون تقسيم الدين بينهما بهذه النسبة . فلوكان الدين ثلثمائة ، وضمن الكفيل الشخصى كل الدين ، وقدم الكفيل عيناً قيمتها مائة ، فإن الدين يقسم بين الكفيلين بنسبة ثلثمائة (قدر ما ضمنه الكفيل الشخصى) إلى مائة (قدر ما ضمنه الكفيل العينى) ، فتكون حصة الكفيل الشخصى مائتين وخمسة وعشرين وتكون حصة الكفيل العينى خمسة وسبعين . وإذا كانت التأمينات كفيلا عينياً آخر ، قسم الدين بينهما بنسبة قيمة ما قدمه كل منهما ضمانا للدين » (الموجز فقرة ٥٥٦) .

(١) وقد كشف العمل عن أمثلة أخرى يكون فيها الموفى ملزماً بالدين فيحل محل الدائن ، ويرجع بدعوى الحلول على المدين . من ذلك شركة التأمين عن الإصابات ، فهى مسئولة عن تعويض المصاب ، فإذا وفته التعويض حلت محله فى الرجوع على المسئول عن الإصابة . ومن ذلك الوكيل بالعمولة ، إذا وفى من ماله ثمن البضاعة التى اشتراها لعميله ، حل محل البائع الذى وفاه حقه فى الرجوع بالثمن على هذا العميل . ومن ذلك من يقوم بتخليص البضائع من « الجمرك » ، إذا دفع الرسوم المستحقة ، حل محل مصلحة الجمارك فى الرجوع بهذه الرسوم على صاحب البضاعة (انظر فى ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٨ ص ٦٣٤) .

أما إذا كان الموفى غير ملزم بالدين ووفاه ، لم يكن من حقه الرجوع بدعوى الحلول . فالولى أو الوصى أو القيم ، إذا وفى دين الصغير أو المحجور ، لم يحل محل الدائن فى الرجوع عليه ، ومن تعهد عن الغير وأقر الغير تعهده ، إذا وفى قيمة هذا التعهد للدائن ، لم يحل محله فى الرجوع على الغير ، لأن المتعهد بعد إقرار الغير لم يعد ملزما بالتعهد (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد فقرة ١٥٦٠ إلى فقرة ١٥٦٠ مكررة ثانيا) .

٣٧٨ — الموفى دائن وفى دائنا مقدما عليه : ويحل الموفى محل الدائن ، فيرجع على المدين بدعوى الحلول ، « إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين » .

ويفرض القانون أن هنـاك دائنين لمدين واحد ، أحدهما متقدم على الآخر بموجب تأمين عيني(١) ، أى أن المدين قد رهن عقاراً مملوكا له لأحد الدائنين ثم رهنه للآخر ، فصـار الأول متقدما على الثانى . بل يجوز أن يكون الدائن الثانى لم يرتهن العقار وظل دائنا شخصياً ، فان الدائن الأول متقدم عليه بما له من حق الرهن . بل يجوز أيضاً أن يكون التأمين الذى يتقدم به الدائن الأول على الدائن الثانى ليس حق رهن رسمى، بل حق رهن حيازة ، أو حق امتياز ، أو حق اختصاص ، فكل هذه تأمينات عينية تجعله متقدماً على الدائن الثانى .

فنى جميع هذه الأحوال قد يكون للدائن المتأخر مصلحة محققة فى الوفاء بدين الدائن المتقدم والحلول محله فى هذا الدين ، وتتحقق هذه المصلحة فى فرضين :

(أولا) قد يرى الدائن المتقدم أن ينفذ على العقار المرهون، ويكون الوقت غير مناسب للتنفيذ ، فيتوقع الدائن المتأخر أن يبـاع العقار فى المزاد العلنى بأبخس الأثمان . وقد لا يعنى الدائن المتقـدم ذلك ، إذ يكون متأ كداً من أنه

= هذا وإذا دفع أحد المدينين المتضامنين الدين كله، كان له أن يوجه دعوى الحلول إلى المدينين المتضامنين الآخرين وإلى الدائنين المرتهنين المتأخرين فى المرتبة عن الدائن الذى وفى حقه (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤١٩) .

(١) وليس من الضرورى أن يكون للدائنين مدين واحد ، بل يكفى أن يكون كل من الدائنين له تأمين عيني على نفس العقار وأحدهما متقدم على الآخر ، فيصح أن يكون صاحب العقار مديناً لأحدهما وقد رهن له عقاره وكفيلا عينياً للدائن الآخر ، كما يكفى أن يكون صاحب العقار كفيلا عينياً لكل من الدائنين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة) .

هذا وإذا كانت العين قد بيعت لشخصين ، ودفع أحدهما حصته من الثمن ، وبقى امتياز البائع ضامناً للباقى من الثمن وهو حصة المشترى الآخر ، ثم بيعت العين فى المزاد للوفاء بهذه الحصة ، فما استوفاه البائع من ثمن العين مما يقع فى نصيب المشترى الأول يحل فيه هذا المشترى محل البائع فى حق امتيازه ، لأنه يكون فى حكم الدائن الذى وفى دائناً مقدماً عليه (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠٤) .
=

سيستوفى حقه مهما بلغ ثمن العقار المرهون ، وإنما تعود الخسارة على الدائن المتأخر فهو الذى سوف لا يدرك من ثمن العقار ما يكفى للوفاء بحقه . فيكون من مصلحة الدائن المتأخر أن يوفى الدائن المتقدم حقه ، فيحل محله فى رهنه ، ويمنع بهذا الحلول التنفيذ فى وقت غير مناسب تحيناً لفرصة يبيع فيها العقار المرهون بثمن يكفى لوفاء الدين المتقدم والدين المتأخر جميعاً .

(ثانياً) قد يرى الدائن المتأخر أن العقار المرهون لا يكفى لوفاء الدينين المتقدم والمتأخر معاً ، مهما بلغ ثمن هذا العقار وفى أى وقت بيع ، ولكن يكون للدائن المتقدم تأمين على عقار آخر مملوك للمدين أو لكفيل عينى . فيوفى حق الدائن المتقدم حتى يحل محله فى رهنه المتقدم وفى تأمينه الآخر ، ويستطيع بذلك أن يستوفى الدينين معاً من العقار المرهون ومن هذا التأمين الآخر .

من أجل ذلك أجاز القانون للدائن المتأخر أن يحل محل الدائن المتقدم إذا وفى له دينه(١) ، فيحقق لنفسه مصلحة مشروعة ، وذلك دون أن يضار

= أما إذا كان العقار مرهوناً لدائنين أحدهما مقدم على الآخر ، ثم رسا مزاده عند التنفيذ على المرتهن الثانى : فا استوفاه المرتهن الأول من ثمن العقار المترتب فى ذمة المرتهن الثانى لا يعتبر مدفوعاً من المرتهن الثانى حتى يحل محل المرتهن الأول فيه ، لأن المرتهن الثانى إنما وفى المرتهن الأول ديناً ترتب فى ذمته وهو الثمن الذى رسا به المزاد عليه (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة فى هذا المعنى أيضاً بأنه إذا كان لدائن رهنان على عقارين ، ونفذ على أحد هذين العقارين واستوفى حقه من ثمنه ، فأضر ذلك بدائن مرتهن متأخر لنفس العقار ، فإن الدائن المتأخر لا يحل محل الدائن المتقدم فى الرهن الذى لهذا الدائن على العقار الآخر لأنه لم يوفه حقه من ماله (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١) .

ولكن إذا كان هناك دائنان مرتهنان أحدهما مقدم على الآخر ، وكان الدائن المتقدم له رهن على عقار آخر ، ووفى الدائن المتأخر الدائن المتقدم حقه ، فإنه يحل محله فى الرهنين معاً ، لأنه يكون قد وفى الدائن المتقدم حقه من ماله لا من ثمن العقار (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢) .

(١) ويصح أن يوفيه جزءاً من دينه إذا قبل الموفى له هذا الوفاء الجزئى ، فيحل محله فى هذا الجزء (انظر فى مناقشة هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثانياً) .

ولكن لا يجوز أن يتربص الدائن المتأخر حتى ينزع الدائن المتقدم ملكية العين المرهونة ، ويتقدم فى التوزيع فى مرتبة أعلى ، وعند ذلك يأتى الدائن المتأخر يريد أن يوفى الدائن المتقدم ليحل محله (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٦ — ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٤ — ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٢) .

الدائن المتقدم إذ هو يستوفى حقه كاملا ، ودون أن يضار المدين فان الموقف بالنسبة إليه لا يتغير . ولا يؤوده فى شىء أن يحل دائن محل آخر ما دام يحل فى نفس الدين .

ويشترط فيما قدمناه شرطان : أن يكون الموفى دائناً لنفس المدين ، وأن يكون الموفى له دائناً متقدماً بما له من تأمين عينى .

فيجب أولا أن يكون الموفى دائناً لنفس المدين . فلا يجوز لأجنبى غير دائن للمدين أن يوفى حقاً لدائن له تأمين عينى ليحل محله حلولا قانونياً فى هذا التأمين(١) . والذى يجوز هنا هو الحلول الاتفاقى لا الحلول القانونى : فيتفق الأجنبى مع الدائن أو مع المدين على الحلول بالطرق التى قررها القانون على النحو الذى سنبينه فى الحلول الاتفاقى . فاذا كان الموفى دائناً للمدين ، فقد توافر الشرط المطلوب ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون للموفى هو أيضاً تأمين عينى متأخر أو أن يكون دائناً شخصياً ليس له أى تأمين(٢) : وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

ويجب ثانياً أن يكون الموفى له دائناً متقدماً على الموفى بما له من تأمين عينى . فلو كان الموفى له دائناً متأخراً عن الموفى فى تأمينه العينى أو ليس له تأمين عينى أصلا ، فلا محل هنا للحلول القانونى ، لأن مصلحة الموفى فى هذا الحلول ، وهو متقدم على الموفى له أو مساو ، ليست واضحة . قد تكون له مصلحة محدودة فى منع هذا الدائن من القيام باجراءات التنفيذ فى وقت غير مناسب ، ولكن هذا الدائن إذا فعل ذلك أضر بنفسه أيضاً لأنه غير متقدم على الدائن الأول . وقد تكون للدائن المتقدم مصلحة فى منع الدائن المتأخر من المعارضة فى الديون ، حتى لا تقف إجراءات التوزيع أو حتى يتيسر إجراء تسوية ودية ، ولكن هذه المصلحة جد محدودة لم ير القانون أن يرتب عليها حلولا قانونيا .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة ثالثاً — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٧ — ص ٦٣٨ .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ١٤٩ وفقرة ١٥٣ — لا رومبيير ٤ م ١٢٥١ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٥٨ — فقرة ٤٥٩ — لوران ١٨ فقرة ٦٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة اولا — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ .

هذا إلى أنه من اليسير على الدائن المتقدم فى مثل هذا الفرض أن يوفى الدائن المتأخر حقه بعد أن يحصل منه على حلول اتفاقى ، بل دون اتفاق على حلول أصلا ، فان الوفاء بحق الدائن المتأخر يبعده عن التوزيع فيتيسر للدائن المتقدم أن يمضى فيه أو أن يجرى التسوية الودية التى ينشدها كما لو كان هناك حلول (١) .

ولا بد ، كما قدمنا ، أن يكون الموفى له متقدماً على الموفى بما له من تأمين عينى. فاذا لم يكن للموفى له تأمين عينى ، ولو كانت له ميزة أخرى تضاهى التأمين العينى كدعوى فسخ أو حق فى الحبس ، فان نص التشريع أضيق من أن يتسع لهذا الفرض ، فلا يكون هناك حلول قانونى . فلو أن الموفى له بائع لم يقيد حق امتيازه واكتفى بدعوى الفسخ ، فلا يحق لدائن آخر وفاه الثمن أن يحل محله فى دعوى الفسخ . ولو أن الموفى له دائن ليس له تأمين عينى بل له حق فى حبس عين للمدين ، لم يجز لدائن آخر وفاه حقه أن يحل محله فيحبس العين (٢) .

---

(١) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٤ — وإذا كان للدائن المتأخر رهن على عين أخرى بالإضافة إلى رهنه المتأخر على العين الأولى ، فإن الدائن المتقدم — باعتباره دائناً عادياً بالنسبة إلى العين الأخرى — يعتبر دائناً متأخراً ، فله أن يوفى حق الدائن على هذه العين الأخرى ويحل محله فى الرهن إذا كانت له مصلحة فى ذلك (انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٤٨ — وقارب : استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٨) . =

وهذا وقد يكون للدائن الموفى له حقان ، أحدهما متقدم على حق الدائن الموفى والآخر متأخر. ويذهب القضاء الفرنسى فى هذه الحالة إلى أن الدائن الموفى يجب عليه أن يوفى الدائن الموفى له بالحقين معاً ، المتقدم والمتأخر ، لأنه لو اقتصر على الوفاء بالحق المتقدم ، فإن الموفى له يكون بدوره ، وبمقتضى حقه المتأخر ، جائزاً له أن يوفى الموفى حقه ليحل محله هو الآخر ، وفى هذا دور يريد القضاء تجنبه (محكمة النقض الفرنسية ٢ أغسطس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١ — ١ — ٢٥ — وانظر أيضاً : ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٧٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة خامساً وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ٥) . وتطبيقاً لهذا المبدأ ، إذا كان لدائن رهنان فى المرتبة الأولى على عقارين ، وكان له إلى جانب ذلك دين آخر مضمون برهن متأخر على العقار الثانى ، لم يجز لدائن متأخر مرتهن للعقار الأول أن يوفيه الدين المضمون بالرهنين ليحل محله فيهما ، وذلك لأن الدائن المتقدم هو فى الوقت ذاته دائن متأخر بالنسبة إلى العقار الثانى ، فيحق له أن يوفى بدوره الدائن الآخر حقه ليحل محله ، ومن هنا يأتى الدور (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثامناً) .

(٢) ولو أراد الموفى أن يحل محل الموفى له ، وجب عليه أن يحصل على حلول اتفاقى بالتراضى ، لأن الحلول القانونى ممتنع كما قدمنا (أنظر فى تأييد هذا الحكم بودرى وبارد ٢ =

٣٧٩ — الموفى اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصصى العقار لضماد حقوقهم : هذه الحالة سبقت الإشارة إليها كتطبيق من تطبيقات الحالة الأولى . ذلك أن المشترى لعقار مثقل بتأمين عينى — رهن أو امتياز أو اختصاص — يصبح حائزاً للعقار (tiers détenteur)، فيكون مسئولا عن الدين بحكم انتقال ملكية العقار له . ومن ثم يكون ملزماً بالدين عن المدين ، فيدخل ضمن الحالة الأولى من حالات الحلول القانونى ، وهى الحالة التى سبق بيانها (١).

وحتى نتبين ، فيما نحن بصدده ، كيف تتحقق للموفى مصلحة فى أن يحل محل الموفى له نفرض أن عقاراً مرهوناً باعه صاحبه . فالمشترى للعقار المرهون يستطيع بطبيعة الحال أن يطهر العقار المرهون فيتخلص من الرهن ، ولا يحتاج إلى الحلول محل الدائن المرتهن . ولكنه مع ذلك قد تكون له مصلحة فى أن يوفى الدائن المرتهن حقه(٢) فيحل محله ويصبح مرتهناً لملك نفسه ، فى الفرضين الآتيين :

= فقرة ١٥٤٥ — فقرة ١٥٤٦ ، وفى انتقاده بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٩ — ص ٦٤٠) .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه الحالة الثانية من حالات الحلول القانونى ما يأتى : « أما الحالة الثانية فهى حالة الوفاء من أحد الدائنين لدائن آخر مقدم عليه بماله من تأمين عينى . فلو فرض أن عقاراً رهن لدائنين على التوالى ، فللدائن المتأخر مصلحة فى الوفاء بحق الدائن المتقدم والحلول محله فيه . فقد يوفق بذلك إلى وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بوشرت فى وقت غير ملائم ، على أن يعود إليها متى استقامت الأحوال . وقد يتيسر له أحياناً أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى قام بأدائه . وقد يكون من مصلحة أحد الدائنين العاديين أن يقوم بالوفاء بدين الدائنين المرتهنين حتى يفيد من مزايا الحلول . ويراعى أن الدائن المتقدم فى الرتبة لا يحل حلولا قانونياً إذا وفى دائناً متأخراً عنه حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم ملاءمة الظروف ، فالحلول لا يتم فى هذه الحالة إلا بالتراضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ — ص ١٧٩) .

(١) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ — ٨ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٥ .

(٢) ويجب أن يوفى المشترى الدائن المرتهن مباشرة ، أما إذا دفع الثمن للبائع ثم استعمل البائع الثمن فى الوفاء للدائن المرتهن ، فإن المشترى لا يحل حلولا قانونياً محل الدائن المرتهن . ولكن يجوز أن يقبض البائع الثمن من المشترى على ذمة دفعه للدائن المرتهن بتفويض من المشترى ،

أولا — قد يتوقى بذلك إجراءات التطهير الطويلة المعقدة ، وذلك بأن يكون ثمن العقار المرهون معادلا لقيمته ، بحيث إذا بيع العقار فى المزاد العلنى لن يبلغ ثمنه فى المزاد أكثر من الثمن الذى التزم به المشترى . فاذا فرض أن العقار مرهون لأكثر من دائن ، وكان الثمن الذى التزم به المشترى لا يكفى إلا لوفاء الدائن المرتهن الأول ، كان للمشترى أن يدفع الثمن لهذا الدائن فيوفيه حقه ، ويحل محله فى رهنه الأول . ولا تصبح هناك مصلحة للدائنين المرتهنين المتأخرين فى بيع العقار ، فلن يصل ثمنه إلى أكثر من الثمن الذى دفعه المشترى وحل به محل الدائن المرتهن الأول ، ولن يصيبهم شىء فى التوزيع بعد أن يستولى المشترى على الثمن الذى دفعه . فيستطيع المشترى ، بفضل هذا الحلول القانونى ، أن يوقف عملياً الدائنين المرتهنين المتأخرين عن مباشرة التنفيذ على العقار الذى اشتراه .

ثانياً — قد يكون للمشترى مصلحة فى أن يحل محل الدائن المرتهن إذا كان البيع الصادر له معرضاً للإبطال أو للفسخ ، فحلوله محل الدائن المرتهن يحقق له تأميناً عينيا عند رجوعه بالثمن فى حالة إبطال البيع أو فسخه(١) .

وغنى عن البيان أن المشترى ، إذا وفى الدائن المرتهن حقه وحل محله بمقتضى القانون ، فانه يحل محله فى جميع ماله من التأمينات . فاذا كان لهذا الدائن المرتهن

= فيحل المشترى فى هذه الحالة محل الدائن المرتهن ، لأنه يكون هو — عن طريق وكيله البائع — الذى وفى الدائن المرتهن حقه (أنظر فى هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢) .

وإذا وفى المشترى للدائن المرتهن حقه ، حل محله دون حاجة إلى رضائه أو إلى رضاء المدين (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٠ مكررة أولا — ويورد بودرى وبارد فرضاً ثالثاً يتحقق فيه للمشترى مصلحة فى أن يحل محل الدائن المرتهن ، وذلك إذا اشترى العقار من غير مالك ، وأراد المالك الحقيقى أن يسترد منه العقار ، فعندئذ يكون المشترى آمنا على الثمن الذى دفعه للدائن المرتهن وحل به محله ، إذ أن المالك الحقيقى عندما يسترد العقار يسترده مرهوناً للمشترى بمقدار هذا الثمن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥١) . وقد يعترض على ذلك بأن المشترى من غير مالك لا يصبح مالكاً للعقار المرهون ، فلا يكون مسئولا عن الدين ، وإذا دفعه للدائن المرتهن لم يحل محله حلولا قانونياً . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى من غير مالك ، إذا دفع الدين للدائن المرتهن ، حل محله فى الرهن (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٥) .

تأمين عيني آخر ، حل المشترى محله فيه ، وقد تتحقق مصلحة له في ذلك فيما إذا كان العقار الذى اشتراه لم يعد يفى بالثمن الذى دفعه ، فيكمل التأمين الآخر ضمانه(١) .

ويستوى ، فى وفاء المشترى لحق الدائن المرتهن والحلول محله ، أن يفعل المشترى ذلك اختياراً من تلقاء نفسه أو أن يفعله وهو ملزم به ، بأن يكون للبائع قد ألزمه فى شروط البيع أن يدفع الثمن للدائن المرتهن ، أو أن يكون الدائن المرتهن قد بدأ فى اتخاذ إجراءات التنفيذ فاضطر المشترى أن يوفى له حقه ليتوقى هذه الإجراءات(٢) . ويستوى كذلك أن يكون المشترى قد اشترى العقار ممارسة أو اشتراه فى مزاد جبرى(٣) .

٣٨٠ — وجود نص خاص يقرر للموفى حق الحلول : وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وثمة أحوال أخرى يخول القانون الموفى فيها حق الحلول بنص خاص ، فمن ذلك مثلا حلول موفى

(١) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٠ — ١٤ إبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٩ ص ٦٣٦ — ص ٦٣٧ .

وإذا كان المشترى قد اشترى حصة شائعة ، ودفع الدين لفك الرهن الموقع على العين جميعها ، حل محل الدائن فى مواجهة البائع وجميع الشركاء فى الشيوع بمقدار ما وفى عنهم من الدين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦٣ — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢ مكررة أولا — فقرة ١٥٥٢ مكررة ثانياً .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٩ مكررة أولا .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه الحالة الثالثة من حالات الحلول القانونى ما يأتى : « أما الحالة الثالثة فتتحقق حيث يكون الموفى قد اشترى عقاراً وأدى ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم ، كما هو الشأن فى الحائز . فقد يتاح للموفى فى هذه الحالة أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى أداه . وقد تكون له مصلحة فى أداء ثمن العقار للدائنين المرتهنين المتقدمين فى المرتبة دون أن يقوم بتطهيره ، متى وثق من أن الثمن الذى يرسو به مزاده لا يكفى للوفاء بديون من وفاهم وحل محلهم فيما لو باشر إجراءات التنفيذ غيرهم من الدائنين المتأخرين فى المرتبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩) .

الكمبيالة بطريق التوسط محل الحامل فى حقوقه »(١) .

ذلك أن المادة ١٥٧ من التقنين التجارى تنص على ما يأتى : « الكمبيالة المعمول عنها البروتستو يجوز دفع قيمتها من أى شخص متوسط عن ساحبها أو عن أحد محيليها ، ويصير إثبات التوسط والدفع فى ورقة البروتستو أو فى ذيلها » . ثم تنص المادة ١٥٨ من هذا التقنين على أن : « من دفع قيمة كمبيالة بطريق التوسط يحل محل حاملها ، فيحوز ماله من الحقوق ويلزم بما عليه من الواجبات فيما يتعلق بالإجراءات اللازم استيفاؤها . فاذا حصل هذا الدفع عن الساحب تبرأ ذمة جميع المحيلين ، أما إذا كان عن أحدهم فتبرأ ذمة من بعده منهم » .

ويتبين من هذه النصوص أن دفع الكمبيالة بطريق التوسط عن الساحب أو عن أحد المحيلين يجعل المتوسط الذى دفع قيمة الكمبيالة يحل حلولا قانونيا محل الدائن — أى حامل الكمبيالة — فى الرجوع على ساحب الكمبيالة ومحيليها . فاذا كان المتوسط قد دفع عن الساحب ، فلا رجوع إلا على الساحب دون المحيلين لأن ذمة هؤلاء تبرأ بهذا الدفع . أما إذا كان قد دفع عن أحد المحيلين ، فانه يرجع على الساحب وعلى المحيلين الذين يسبقون المحيل الذى دفع عنه ، أما المحيلون الذين يلون هذا المحيل فقد برئت ذمتهم بالدفع . فهذه حالة من حالات الحلول القانونى ورد فيها نص خاص فى التقنين التجارى(٢) .

وهناك مثل آخر للحلول القانونى الذى ورد فيه نص خاص ، فقد نصت المادة ٧٧١ مدنى على ما يأتى : « يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩ .

(٢) ويلاحظ أن المتوسط ، فى الحالة التى نحن بصددها ، عندما دفع قيمة الكمبيالة لم يكن مسئولا عن هذا الدين ، وإنما جعل له القانون الحلول محل الدائن توثيقاً للإئتمان ، وتوسيعاً لسبل الوفاء بسندات الائتمان التجارية ، فيتيسر الوفاء بهذه السندات من طرق مختلفة . هذا إلى أن المتوسط الذى دفع الكمبيالة عن الساحب أو عن المحيل يغلب أن يكون صديقاً ينتظر منه إمهال من دفع عنه ، ومما يغريه بهذا الإمهال أن يحل قانوناً محل الدائن (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٦) .

الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، مالم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحـدة ، أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله». وهـذا النص يقضى بأن شركة التأمين إذا أمنت مكاناً من الحريق ، ثم احترق المكان المؤمن بخطأ شخص معين ، فان الشركة تدفع مبلغ التأمين للمؤمن له ، وتحل محله قانوناً فى حقه ضد المسئول عن هذا الحريق(١) ، وذلك مالم يكن هـذا المسئول متصلا اتصالا وثيقاً بالمؤمن له ، بأن كان قريبه أو صهره وكان مقيما معه فى معيشة واحدة ، أو كان ولده أو شخصاً تحت رعايته ممن يعتبر هو مسئولا عنهم . ولو جاز لشركة التأمين أن ترجع على هؤلاء ، وهذا هو مبلغ صلتهم بالمؤمن له ، لكان رجوعها هذا بمثابة الرجوع على المؤمن له نفسه ، فتكون الشركة قد سلبته بالشمال ما أعطته باليمين .

---

(١) ويلاحظ هنا أيضاً أن شركة التأمين ، عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له وحلت محله فى الرجوع بالتعويض على المسئول ، لم تكن مسئولة عن هذا التعويض مع المسئول . ومن ثم وجب أن يقـوم الحلول القانونى هنا على نص خاص ، إذ أن شركة التأمين عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له إنما دفعت ديناً شخصياً فى ذمتها له بموجب عقد التأمين . فليس من حقها أن ترجع على المسئول عن الحريق بمقتضى القواعد العامة إلا إذا نزل لها المؤمن له عن دعواه قبل هذا المسئول ، فالحلول هنا أقرب إلى أن يكون نزولا عن هذه الدعوى إلى شركة التأمين بموجب نص خاص فى القانون (انظر فى المعنى الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥١) . ويخلص من ذلك أن حلول شركة التأمين محل المؤمن له مقصور على الحالة التى نحن بصددها ، لورود النص فى شأنها . وقد ورد نص آخر فى القـانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن إصابات العمل ، فقد قضت المادتان ٧ و ٩ من هذا القانون بانه إذا كانت إصابة العـامل ترتب مسئولية شخص آخر غير صاحب العمل ، وكان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل (وقد أصبح هذا التأمين إجبارياً بموجب القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢) ، فإن شركة التأمين التى دفعت قيمة التعويض تحل محل صاحب العمل فى حقوقه قبل الشخص المسئول . وفيما عدا هذه الحالات التى وردت فيها نصوص خاصة ، لا يوجد نص عام يقضى ، فى التأمين على الحوادث ، بحلول شركة التأمين محل المصاب فى الرجوع على المسئول . وكثيراً ما تعمد شركات التأمين إلى الاحتفاظ بحقها فى الرجوع على المسئول بموجب شرط صريح فى وثيقة التأمين ، ويكون هذا الشرط بمثابة اتفاق على حوالة حق محتمل ، فينفذ فى حق المسئول بإعلانه بالحوالة وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق (انظر فى هذا المعنى الأستاذ محمد على عرفه فى التأمين طبعة ثانية ص ١٨٤ — ص ١٩٢ — وقارن بلانيول وريبير وردوان فقرة ١٢٣٣ ص ٦٤٢ — ص ٦٤٣) .

§ ٢ – الحلول الاتفاقى

(Subrogation conventionnelle)

١ – الحلول باتفاق الموفى مع الدائن

٣٨١ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٢/٢٢٥(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٤ — وفى التقنين المدنى العراقى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك . ويكون الاتفاق بورقة رسمية ، ولا يصح أن يتأخر عن وقت الوفاء » . وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بجعل الاتفاق فى ورقة رسمية لعدم ضرورة ذلك ، وأصبحت المادة رقمها ٣٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ – ص ١٨١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٦٢/٢٢٥ : التأمينات التى كانت على الدين الأصلى تكون تأمينا لمن دفعه فى الأحوال الآتية فقط : أولا – إذا قبل الدائن عند الأداء له انتقال التأمينات لمن دفع الدين إليه ...

(والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد ، إلا فيما يتعلق بالتصوير الفنى للحلول فقد قدمنا أنه يبدو من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذى وفى قد انقضى فيرجع الموفى بدين جديد تنتقل إليه تأمينات الدين القديم ، أما فى التقنين الجديد فالرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفوعه : انظر آنفاً فقرة ٣٧٦ فى الهامش) .

المادة ١/٣٨٠ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٣(١) .

ويخلص من هذا النص أن الحلول هنا يجب أن يكون باتفاق بين الموف والدائن ، ويجب ألا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء . ولا يشترط فى الاتفاق شكل خاص ، ويخضع فى إثباته للقواعد العامة(٢) .

٣٨٢ — اتفاق بين الموفى والدائن : إذا لم يكن الموفى فى حالة من حالات الحلول القانونى التى سبق ذكرها ، وأراد الوفاء بدين غيره على أن يحل محل الدائن ، فسبيله إلى ذلك أن يتفق مع الدائن على هذا الحلول . ذلك أنه ما دام باب الحلول القانونى غير مفتوح للموفى ، فليس أمامه إلا الحلول الاتفاق ، فيتفق إما مع الدائن وإما مع المدين .

وما على الدائن ،حتى يستوفى حقه ،إلا أن يتفق مع الموفى على إحلاله محله . وهو لا يخسر شيئاً من هذا الإحلال ، بل يكسب أن يستوفى حقه فى ميعاد حلوله أو حتى قبل هذا الميعاد إذا اتفق الموفى على ذلك . وليس المدين طرفاً فى هذا الاتفاق ، فرضاؤه غير ضرورى ، والحلول يتم بغير إرادته ، بل بالرغم عن إرادته . على أنه يفيد فائدة محققة من هذا الوفاء ، فدينه يقضى ويتخلص بذلك من مطالبة الدائن . وإذا كان قد استبدل بالدائن القديم دائناً جديداً ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٢٦ (مطابقة للمادة ٣٢٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣١٤ (مطابقة للمادة ٣٢٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٣٨٠ (مطابقة للمادة ٣٢٧ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أنها تشترط أن يكون الاتفاق بورقة رسمية ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الجديد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣١٣ : إن الدائن الذى يقبل الإيفاء من شخص ثالث يمكنه أن يحل محله فى حقوقه ، ويجب حينئذ أن يحصل الاستبدال صراحة عند الإيفاء على الأكثر . أما تاريخ سند الإيصال المشتمل على الاستبدال فلا يعد ثابتاً بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين إلا من يوم صيرورة هذا التاريخ صحيحاً . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ — ص ١٨١ .

فيغلب أن يكون هذا الدائن الجديد أكثر تساهلا معه وأسرع إلى التيسير عليه فى وفاء دينه ، وإلا لما تطوع مختاراً لوفاء الدين . وهذا هو الدور الذى يقوم به الموفى لدين غيره ، فهو من جهة يسدى خدمة إلى المدين بوفائه للدين وإمهاله حتى يتمكن من الوفاء ، وهو من جهة أخرى يستوثق لضمان حقه قبل المدين بحلوله محل الدائن .

والدائن حر فى قبول إحلال الموفى محله أو عدم إحلاله(١) . وهو حر أيضاً فى تحديد مدى هذا الإحلال ، فقد يحله محله فى بعض ضمانات الدين دون بعض ، فيحله فى الرهن والامتياز دون أن يحله فى الكفالة(٢) .

ولا يشترط فى الاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفى . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشترط ورقة رسمية نظراً لما للحلول من خطر ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط (٣) .

٣٨٣ — عدم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء : ولا يجوز أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء(٤) . والغالب أن يكون الاتفاق والوفاء بالدين حاصلين فى وقت واحد ، فيتقدم الموفى إلى الدائن ويتفق معه على وفاء حقه مع حلوله محله فى هذا الحق ، ويثبتان الاتفاقين معاً — الاتفاق على الوفاء

---

(١) ويجوز لوكيل الدائن أن يحل الموفى محل الدائن ، ولو كانت الوكالة عامة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٧) — وإذا أرسل الدائن محضراً لقبض الدين ، فوكالة المحضر مقصورة على القبض . فإذا اتفق مع الموفى على أن يحل محل الدائن ، لم يسر هذا الاتفاق فى حق الدائن إلا إذا أقره (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٧ — فقرة ١٥٢٧ مكررة) .

(٢) لوران ١٨ فقرة ٣٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٨١ فى الهامش فيما يتصل بتاريخ نص المادة ٣٢٧ مدنى — والتقنين المدنى الفرنسى وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى يشترط كل منهما أن يكون الاتفاق صريحاً (exprès) ، ولكن ذلك لا يعنى اشتراط لفظ خاص . قارن فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٦ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٧ — ٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٤ .

والاتفاق على الحلول – فى مخالصة واحدة(١). ولكن لا شىء يمنع من أن يكون الاتفاق على الحلول سابقاً على الوفاء، فيتفق الموفى والدائن مقدماً على الحلول، ثم يدفع الموفى الدين بعد ذلك(٢).

والذى لا يجوز هو أن يكون الوفاء بالدين أولا، ثم يليه الاتفاق على الحلول(٣). ذلك أنه إذا تم الوفاء بالدين أولا، وتراخى الاتفاق على الحلول إلى ما بعد ذلك، فان هذا يفتح الباب للتحايل. فقد يكون المدين وفى دينه وفاء بسيطاً، وانقضى الدين، فانقضى بانقضائه رهن فى المرتبة الأولى كان يضمنه، وترتب على ذلك أن الرهن الذى كان فى المرتبة الثانية أصبح فى المرتبة الأولى. ثم يتواطأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذى استوفى دينه، ويجعله يصطنع اتفاقاً مع أجنبى يذكر فيه أن هذا الأجنبى هو الذى وفى الدين وهو الذى حل محله فيه. فيعود الرهن الذى كان فى المرتبة الأولى وكان قد انقضى، ليحل الأجنبى محل الدائن فيه، وذلك إضراراً بالرهن الذى يليه والذى أصبح فى المرتبة الأولى بعد انقضاء الرهن الأول(٤).

---

(١) ولكن يجب أن يدفع الموفى الدين للدائن حتى يحل محله فيه. وليس من الضرورى أن يدفعه من ماله، والمهم ألا يكون الوفاء من مال المدين. فلو أن أجنبياً أقرض المدين مالا ليوفى به دينه، فوفى المدين الدين من هذا القرض، لم يحل الأجنبى محل الدائن، حتى لو ذكر الدائن فى مخالصة الدين أنه يقبل إحلال المقرض محله، ما دام الدين قد وفى من مال المدين بعد أن اقترضه. والذى يمكن فى هذه الحالة هو الحلول باتفاق مع المدين لا مع الدائن، إذا استوفيت الشروط الواجبة، وسيأتى بيانها (انظر فى هذا المعنى لاروبيير ٤ م ١٢٥٠ فقرة ٧ – هيك ٨ فقرة ٥٧ – ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٥٨ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٦ – انظر عكس ذلك: بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٢ ص ٦٢٨ – ص ٦٢٩).

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٨

(٣) ولكن إذا اتفق على الحلول قبل الوفاء بالدين أو معه، كان الحلول صحيحاً حتى لو أعطيت المخالصة المثبتة للحلول بعد الوفاء بالدين، فالعبرة بتاريخ الاتفاق على الحلول لا بتاريخ إعطاء المخالصة (ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٧٢ – هيك ٨ فقرة ٥٨ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٥ مكررة أولا).

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «والثانى إتمام الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر، وقد قصد من هذا الشرط إلى درء التحايل، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه، فيتفقان غشاً على حلول أحد =

٣٨٤ — اثبات الاتفاق على الحلول : ويخضع إثبات الاتفاق على الحلول للقواعد العامة فى الإثبات . فاذا كانت القيمة التى وفى بها الدين تزيد على عشرة جنيهات لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن .

إلا أنه يلاحظ أن المخالصة بالدين المتضمنة الاتفاق على الحلول يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تكون نافذة فى حق موف آخر حل محل الدائن ، أو فى حق محال له بالحق ، أو فى حق دائن للدائن حجز تحت يد المدين . فهؤلاء الأغيار يتنازعون الأسبقية مع الموفى للدين ، فان كانوا هم السابقين فى الوفاء أو فى الحوالة أو فى الحجز كان الدين لهم ، وإلا فهو للموفى . ومن ثم يجب أن يكون السند الذى يتمسكون به هو أيضاً ثابت التاريخ ، فاذا كان تاريخ الوفاء الواقع من الموفى الثانى أو تاريخ نفاذ الحوالة فى حق المدين تاريخاً ثابتاً — أما تاريخ الحجز فهو ثابت بطبيعة الحال — وجب أن يكون للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول تاريخ ثابت أسبق . أما بالنسبة إلى المدين وورثته ، فليس من الضرورى أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ(١) .

= الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر فى الرتبة ، فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٨ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٣ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٤١ .

هذا وقد يتمسك الغير ، ويدخل فيهم دائن مرتهن فى المرتبة الثانية كان يصبح فى المرتبة الأولى لو أن الوفاء كان بسيطاً دون حلول ، بأن الدين كان قد وفى قبل الاتفاق على الحلول ، فيكون الحلول باطلا وفقاً لما قدمناه . فإذا ادعوا أن الذى وفى الدين هو نفس المتمسك بالحلول وأنه وفى الدين [illegible] تواطأ مع الدائن والمدين على الحلول ، جاز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول بجميع الطرق ، لأنهم ينسبون الغش للمتمسك بالحلول . وإذا ادعوا أن الذى وفى الدين هو المدين أو شخص آخر غير المتمسك بالحلول ، دون أن ينسبوا غشاً إلى هذا الأخير ، لم يجز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول إلا بتاريخ ثابت للوفاء يسبق التاريخ الثابت للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٦٩) .

ب - الحلول باتفاق الموفى مع المدين

٣٨٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض مالا وفى به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٤/٢٢٧(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٧ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٥ - وفى التقنين المدنى العراقى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص المادة ٤٦٣ من المشروع التمهيدى بطريق الخيرة على أحد الوجهين الآتيين : (١) « ويجوز أيضاً المدين ، إذا اقترض مالا سدد به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد » - (٢) « ويجوز أيضاً للمدين ، ولو بغير رضاء الدائن الذى استوفى حقه ، أن يحل شخصاً آخر محل هذا الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يكون التأشير به على هامش القيد الأصلى قد تم قبل أن يسجل تنبيه عقارى صدر من دائن آخر » . وقد آثرت لجنة المراجعة النص الأول ، وأقرته بعد حذف الحكم الخاص بجعل الحلول بورقة رسمية لعدم ضرورته ، وأصبح رقم المادة ٣٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٢ و ص ١٨٤) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ١٦٤/٢٢٧ : يجوز للمدين أن يقترض بدون واسطة مداينه من شخص آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به ، وأن ينقل لذلك الشخص التأمينات التى كانت للدائن الأصلى - وأضافت المادة ٢٢٧ من التقنين المختلط ما يأتى : بشرط أن يكون الاقتراض والنقل ثابتين بسند رسمى .

(والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا وجوب الورقة الرسمية فى التقنين المختلط ، فقد جارى التقنين الجديد التقنين الأهلى السابق فى حذف هذا الشرط) .

المادة ٢/٣٨٠ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٤(١) .

٣٨٦ - الحلول بالاتفاق مع المدين تبرره أغراض عملية :

هنا أيضاً ، كما فى الحلول بالاتفاق مع الدائن ، لايكون الموفى فى حالة من حالات الحلول القانونى ، فلا يستطيع إذن أن يحل محل الدائن بحكم القانون ، ويلزمه فى هذا الحلول أن يتفق عليه مع المدين . ولكن إذا كان الحلول بالاتفاق مع الدائن ، ولو برغم إرادة المدين ، يبدو طبيعياً على أساس أن الدائن هو الذى يتصرف فى حقه ، فان الحلول بالاتفاق مع المدين ، ولو برغم إرادة الدائن ، لايبدو طبيعياً أصلا ، فان الذى يتصرف فى حق الدائن ليس هو الدائن نفسه صاحب الحق ، بل هو المدين وبرغم إرادة الدائن صاحب الحق . ومهما يكن من غرابة ذلك من الناحية النظرية ، فان الناحية العملية تبرره . ذلك أن الحلول بالاتفاق مع المدين فيه كل النفع للمدين ، ولا ضرر فيه على الدائن ولا على الدائنين الآخرين . أما أن فيه كل النفع للمدين ، فان تمكن المدين من إحلال المقرض محل دائنه ولو بغير رضاء هذا الدائن يتيح أن يجد فى يسر من يقرضه المال اللازم للوفاء بدينه ، مادام سيقدم للمقرض

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٢٧ (مطابقة للمادة ٣٢٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣١٥ (مطابقة للمادة ٣٢٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٢/٣٨٠ (مطابقة للمادة ٣٢٨ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى يشترط أن يكون الحلول بورقة رسمية كما كان عليه الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الجديد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣١٤ : يكون الاستبدال صحيحاً عندما يقترض المديون مبلغاً من المال لإيفاء ما عليه ، فيمنح مقرضه ، لكى يؤمنه على ماله ، جميع الحقوق التى كانت لدائنه الأول الذى أوفى دينه . وفى مثل هذه الحالة يجب : (أولا) أن يكون لسند الاقتراض ولسند الإيصال تاريخ صحيح (ثانياً) أن يصرح فى سند الاقتراض بأن المال إنما اقترض بقصد الإيفاء ويصرح فى سند الايصال بأن الإيفاء إنما كان من المال المقرض . (ثالثاً) أن يصرح بأن المقرض حل محل الدائن الموفى دينه فيما له من الحقوق — ولا يشترط رضاء الدائن لصحة هذا التعامل .

(والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

نفس الضمانات التي كانت للدائن . فينتفع كل من المدين والمقرض ، المدين بالتخفف من وطأة الدين وبما يعد له المقرض من أسباب التيسير فى الوفاء به ، والمقرض باستثمار ماله فى قرض مكفول بضمانات قائمة . ولا ضرر فى ذلك على الدائن ، فانه استوفى حقه ، وما دام قد استوفاه ففيم يضيره أن تنتقل الضمانات إلى الدائن الجديد ! ولا ضرر فى ذلك على الدائنين الآخرين ، فان هؤلاء لم تتغير أوضاعهم من مدينهم ، فهم هم فى ترتيبهم القائم ، سواء بقى الدائن السابق أو حل محله دائن جديد .

لكل هذه الاعتبارات العملية أجاز القانون أن يكون الحلول باتفاق بين الموفى والمدين ، ولو بغير رضاء الدائن . على أن الدائن ، وهو يعلم أن رضاءه غير ضرورى ، سيبادر فى الغالب إلى الرضاء ، فيتم الحلول باتفاق بين الموفى والدائن نفسه ، وهذا هو الذى يقع عادة فى العمل(١) .

٣٨٧ — شروط الحلول بالاتفاق مع المدين : ويشترط فى هذا الحلول شرطان :

(أولا) أن يكون القرض بغرض الوفاء بالدين ، فيذكر فى عقد القرض أن المال المقترض قد خصص لهذا الوفاء . ولا يهم ممن يصدر هذا البيان ، من المقترض وهو المدين أم من المقرض نفسه ، والمهم أن يذكر البيان فى نفس عقد القرض (٢) . وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على عدم صحته (٣) .

---

(١) لوران ١٨ فقرة ٣٨ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٩٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٤ — وأنظر كيف دخل الحلول بالاتفاق مع المدين فى القانون الفرنسى القديم عقب إنزال سعر الفائدة فى الإيرادات المرتبة من ٨ ١/٣ ٪ إلى ٦ ١/٤ ٪ ، مما جعل المدينين يقبلون على الاقتراض بالسعر المخفض وإحلال مقرضيهم محل دائنيهم الأصليين ، إلى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣١ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ — ولا يشترط أن يكتب عقد القرض وقت القرض نفسه ، بل قد تتأخر كتابة هذا العقد . بل ويجوز الاتفاق على فتح حساب جار للقرض نفسه ، ثم يتسلم المدين القرض بعد ذلك من الحساب الجارى لوفاء الدين . أنظر فى ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(ثانياً) أن يذكر فى المخالصة عند الوفاء أن المال الموفى به هو مال القرض . ولا يهم هنا أيضا ممن يصدر هذا البيان ، فقد يصدر من المدين وهو يفى دينه وهذا هو الغالب ، وقد يصدر من الدائن وهو يستوفى حقه وهذا جائز ، وقد يصدر من الاثنين معاً ويقع هذا كثيراً (١) . وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على عدم صحته (٢) .

وليس من الضرورى أن تتعاقب العمليتان ، عملية القرض فعملية الوفاء ، بل يجوز أن تكونا متعاصرتين . ففى ورقة واحدة يثبت عقد القرض ويذكر فيه أن المال المقترض خصص للوفاء ، ثم يذكر فى الورقة نفسها أن الوفاء قد تم من مال القرض . ولو تم الأمر على هذا النحو لكان هذا أكثر استجابة لأغراض القانون (٣) ، ولما قامت صعوبات عملية من ناحية ثبوت التاريخ كما سنرى .

ولكن يصح أن تتعاقب العمليتان ، بشرط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء . إذ لو كانت عملية الوفاء هى السابقة ، لتبين أن الوفاء لم يكن من مال القرض ، فلا يحل المقرض محل الدائن . ومن ثم كان لا بد ، عند تعاقب العمليتين ، من أن تكون كل عملية منهما ثابتة التاريخ ، حتى يستطاع إثبات أن عملية القرض سابقة على عملية الوفاء (٤) .

والسبب فى ذلك هو توقى خطر التواطؤ ، كما رأينا فى الحلول بالاتفاق مع الدائن . فقد يفى المدين بدينه وفاء بسيطاً ، فينقضى الرهن الذى يضمنه . ثم يخطر له إحياء هذا الرهن إضراراً بمرتهن آخر كان متأخراً فى المرتبة وتقدم بعد زوال هذا الرهن الأول ، فيتواطأ مع أجنبى ومع الدائن ، ويصور الأجنبى

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٤ .

(٤) أما إذا اقترض المدين وسدد الدين من القرض ، دون أن يذكر فى عقد القرض أن القرض خصص لوفاء الدين أو دون أن يذكر فى المخالصة أن المال الموفى به هو مال القرض ، فلا حلول ، إلا إذا دفع المقرض الدين مباشرة للدائن وكان فى حالة من حالات الحلول القانونى (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٠) .

مقرضاً أقرضه المبلغ الذى وفى به ـين وأحله بهذا الوفاء محل الدائن ، فيحيا الرهن الأول . فسد القانون طريق هذا التحايل ، بأن اشترط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء ، عن طريق التواريخ الثابتة ، فلا يستطاع التحايل بتقديم تاريخ القرض إذا كان متأخراً فعلا عن تاريخ الوفاء .

على أن القوانين الجرمانية لا تلقى بالا إلى شيء من ذلك ، بل هى تجيز فى صراحة أن يفى المدين دينه ويستبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع أن يفيد منها ، فيعطيها لمقرض يقرضه المال بعد الوفاء لقاء هذه الضمانات ؛ ولا ضرر يصيب الدائنين الآخرين من جراء ذلك ، فأن أوضاعهم لم تتغير ، وإنما تغير عليهم اسم الدائن المتقدم ، وقد كان متقدماً عليهم فى كل حال . وهذا ما يسمى فى القوانين الجرمانية بالشهادات العقارية (cédules hypothécaires) . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً على طريق الخيرة فى هذا المعنى ، ولكن لجنة المراجعة جذفته وآثرت البقاء على التقاليد اللاتينية فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين ، فالشرط إذن أن يسبق القرض الوفاء أو يعاصره على الأكثر (١) .

---

(١) انظر تاريخ المادة ٣٢٨ آنفاً فقرة ٣٨٥ فى الهامش — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد قصد إلى إفساد ضروب التحايل . فأوجب المشروع أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء بالدين ، وأن يذكر فى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد . ويراعى أن هذا القيد يحول بين المدين وبين الإفادة من تأمينات من يقوم بإبقاء حقه من الدائنين ، من طريق إحلال أحد الأغيار محله . وقد يصح التساؤل عما إذا كان فى تقييد حق المدين على هذا النحو ما يفوت عليه فرصة الانتفاع من استغلال مايؤول له من الائتمان على أساس الرهن الأول ، مع أن احتفاظ الدائن المرتهن المتأخر بمرتبته هذه لا يجعل له فيما لو رفع التقييد وجها للشكوى (قارن نظام صكوك الرهن العقارى أو تيسير الائتمان فى العقارات الزراعية فى التقنينات الجرمانية) . وقد رؤى إفساح المجال للاختيار فشفعت المادة ٤٦٣ بصيغة أخرى تنزل منزلة البديل من صيغتها الأولى . وقد نص فى هذه الصيغة الأخرى على أن للمدين أن يحل من أقرضه محل الدائن على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، دون اشتراط إتمام عقد القرض فى وقت سابق على الوفاء أو معاصر له . وغاية ما هنالك إنه اشترط أن يكون التأشير بهذا الحلول على هامش القيد الأصلى قد تم قبل أن يسجل تنبيه عقارى صدر من دائن آخر ، لأن من حق هذا الدائن ألا يعتد بأى قيد تال لتسجيل ذلك التنبيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٣) .

و إذا سبق القرض الوفاء ، فلا يهم مقدار الوقت الذى يتخلل العمليتين ، فقد يقصر هذا الوقت أو يطول . ولكنه إذا طال إلى أمد أبعد من المألوف ، ألقى هذا البعد ظلا من الشك فى أن مال القرض لم يستعمل لوفاء الدين ، وكان هذا مدعاة للطعن فى الحلول (١) .

٣٨٨ — مالا يشترط فى الحلول بالاتفاق مع المدين : ولا يشترط التقنين المدنى الجديد غير الشرطين المتقدمى الذكر فى الحلول بالاتفاق مع المدين . فلا يشترط إذن :

(أولا) — أن يكون القرض أو المخالصة فى ورقة رسمية . ويشترط التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٠ بند ٢) أن يكون كل من القرض والمخالصة فى ورقة رسمية . وكان التقنين المدنى المختلط السابق يشترط أيضاً هذا الشرط فى القرض ونقل التأمينات(٢) . والذى يشترط فى التقنين المدنى الجديد هو ثبوت تاريخ كل من القرض والمخالصة عند تعاقبهما ، وإلا لم يسر الحلول فى حق مقرض آخر له حق الحلول ، أو فى حق محال له ، أو فى حق دائن حاجز ، أو فى حق دائن مرتهن متأخر . ولكن يسرى ، بالرغم من عدم ثبوت التاريخ ، فى حق المدين نفسه وخلفه العام ، وفى حق الدائن الذى استوفى حقه(٣) .

(ثانياً) أن ينص صراحة على حلول المقرض محل الدائن ، وهذا بخلاف الحلول بالاتفاق مع الدائن ، فلابد أن ينص صراحة على حلول الموفى محل الدائن . أما هنا ، فمجرد ذكر أن مال المقرض خصص لوفاء الدين وأن الوفاء حصل بمال القرض كاف لاستخلاص حلول المقرض محل الدائن عن طريق الاقتضاء .

(ثالثاً) أن يرضى الدائن بهذا الحلول . فسواء رضى الدائن أو لم يرض ، فإن حلول المقرض محله فى حقه يتم بمجرد الاتفاق على ذلك مع المدين كما سبق

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٤ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٨٥ فى الهامش .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٨ .

القول . ولما كانت عملية الحلول هذه تقتضى تدخل الدائن ، فهو لابد أن يقبل الوفاء وأن يذكر فى المخالصة أن الوفاء تم بمال القرض ، فانه إذا أبى أن يفعل هذا أو ذاك ، كان لكل من المقرض والمدين الوسيلة القانونية لإجباره على ذلك ، عن طريق العرض الحقيقى والإيداع . فيتم بذلك ما كان الدائن يأباه ، فان قبل الدائن العرض تم الحلول ، وإن أباه أودع المال على ذمته وحكم بعد ذلك بصحة الإيداع على النحو الذى سنبينه ، فيتم الحلول أيضاً على هذا النحو(١) .

المطلب الثانى

أحكام الرجوع بدعوى الحلول

٣٨٩ — مسألتان : أياً كان الحلول ، حلولا قانونياً كان أو حلولا اتفاقياً ، فانه متى تم كانت له نفس الآثار . وكان له نفس التكييف القانونى . فعندنا إذن فى الحلول ، أياً كان مصدره ، مسألتان : (أولا) الآثار التى تترتب على الحلول (ثانياً) التكييف القانونى للحلول .

§ ١ — الآثار التى تترتب على الحلول

٣٩٠ — حلول الموفى محل الدائن وما يرد على هذا الحلول من القيود : الحلول يجعل الموفى فى مكان الدائن ، فيصبح له حق الدائن يباشره كما لو كان هو الدائن نفسه . وهذا هو الحكم بوجه عام ، غير أنه يرد على هذا الحكم قيود من شأنها أن تجعل الموفى يعامل معاملة أدنى من معاملة الدائن الأصلى من بعض الوجوه .

فنبحث إذن (١) حلول الموفى محل الدائن . (ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٦ .

١ — حلول الموفى محل الدائن

٣٩١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن (١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٦ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨١ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٥ (٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ — ص ١٨٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٢٨ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣١٦ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٨١ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣١٥ : إن الاستبدال القانونى أو الاتفاقى يحل الدائن البديل يحل فى الحقوق محل الدائن الموفى دينه ، ولكن لا يكسب صفة المتفرغ له ولا مركزه — ولا يحق له إقامة دعوى الضمان على الدائن الموفى دينه — ولا يحل محله إلا بقدر المال الذى دفعه وبنسبته — وإذا كان ملزما مع غيره ، فلا يحق له مقاضاة شركائه فى الموجب إلا على قدر حصة كل منهم ونصيبه — ويحق للدائن البديل ، فضلا عن حق إقامة الدعاوى الناجمة عن الاستبدال ، أن يقيم الدعوى الشخصية الناشئة عن تدخله بصفة كونه وكيلا أو فضولياً .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، وسنرى ذلك عند الكلام فى القيود التى ترد على الحلول وفى مقارنة الحلول بحوالة الحق) .

ويخلص من هذا النص أن الموفى حل محل الدائن فى حقه : (١) بما لهذا الحق من خصائص (٢) وما يلحقه من توابع (٣) وما يكفله من تأمينات (٤) وما يرد عليه من دفوع .

٣٩٢ — يكون للموفى من الدائن بما له من خصائص : يحل الموفى محل الدائن فى نفس حقه ، بما لهذا الحق من مقومات وخصائص . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالحق ينتقل إلى من تم الحلول له بما له من خصائص ، كما إذا كان تجاريا ، أو كانت له مدد تقادم خاصة ، أو كان السند المثبت له واجب التنفيذ (١) » .

فالحق الذى حل فيه الموفى محل الدائن إذا كان إذن حقا تجارياً ، انتقل إلى الموفى على هذه الصفة حقا تجارياً . وقد يقتضى ذلك أن يكون التقاضى فيه من اختصاص المحاكم التجارية(٢) . وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، خمس سنوات أو أقل ، فانه ينتقل إلى الموفى قابلا للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة . وقد تكون المدة أوشكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الموفى ، وهذا عيب فى دعوى الحلول لا يوجد فى الدعوى الشخصية كما سيأتى . وقد يكون الحق الذى انتقل إلى الموفى ثابتاً فى سند رسمى أو فى حكم ، فيكون سنداً قابلاً للتنفيذ فى يد الموفى كما كان فى يد الدائن الأصلى .

بل إن الحق قد تقترن به خصائص أخرى فتنتقل جميعها مع الحق إلى الموفى . فقد يكون الدائن الأصلى قد قاضى بحقه وسار فى إجراءات التقاضى شوطاً بعيداً ، فلا يحتاج الموفى إلى تجديد هذه الإجراءات ، بل يسير فيها من حيث وجدها (٣) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من كفل سنداً إذنياً ووفاه للدائن ، يجوز له بعد ذلك أن يحوله إلى الغير كما لو كان هو الدائن (٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٧) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

٣٩٣ — يكون للموفى من الدائن بما يلحقه من توابع : فلو كان الحق الذى انتقل إلى الموفى ينتج فوائد بسعر معين . فأن الحق ينتقل منتجاً لهذه الفوائد بهذا السعر ، ويكون للموفى الحق فى تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق (١) .

ويعتبر تابعاً للحق ، فينتقل منه إلى الموفى ، دعوى فسخ تقترن بالحق ، كما إذا كان الموفى قد وفى البائع الثمن المستحق له . فان الموفى يحل محل البائع فى حقه ، بما له من تأمين عينى وهو حق الامتياز ، وما يلحق به من تابع وهو دعوى الفسخ . فيجوز للموفى ، إذا لم يستوف من المشترى الثمن الذى دفعه للبائع ، أن يطلب فسخ البيع ، وأن يتسلم المبيع من المشترى وفاء بحقه (٢) .

ويعتبر أيضاً تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية ، فاذا انتقل الحق إلى الموفى انتقل معه حق الطعن بهذه الدعوى (٣) .

ويعتبر تابعاً كذلك الحق فى الحبس ، فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الموفى ، ويكون له الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من المدين .

٣٩٤ — يكون للموفى من الدائن بما يكفله من تأمينات : وينتقل إلى الموفى مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية وتأمينات شخصية .

---

(١) محكمة طنطا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٢٠٧ ص ٣٣٧ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ — وإذا أجيب الموفى إلى طلبه من فسخ البيع وتسلم المبيع من المشترى ، انتقلت ملكية المبيع إلى الموفى انتقالا مبتدأ تستحق عليه الرسوم الكاملة لانتقال الملكية . بخلاف ما إذا كان البائع هو الذى طلب فسخ البيع واسترد المبيع من المشترى ، فإن ملكية المبيع تعود إلى البائع بأثر رجعى ، وتعتبر كأنها لم تنتقل منه ، لا أنها انتقلت إليه بأثر مبتدأ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٠) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

مثل التأمينات العينية الرهن الرسمى والرهن الحيازى(١) ، سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان كفيلا عينياً . ومثل هذه التأمينات أيضاً حقوق الامتياز ، خاصة كانت أو عامة ، على عقار أو على منقول . ومثل التأمينات الشخصية أن يكون للحق كفيل شخصى ، فيبقى هذا الكفيل ضامناً للحق بعد انتقاله إلى الموفى (٢) ، ولا حاجة فى ذلك إلى رضاء الكفيل لأن المدين الذى يكفله لم يتغير ولا عبرة بتغير الدائن (٣) . ومثل التأمينات الشخصية أيضاً أن يكون للحق مدينون متضامنون متعددون ، أو له مدينون متعددون وهو غير قابل للانقسام ، فينتقل إلى الموفى على هذا الوصف . ومن ثم يجوز للموفى أن يرجع به ، لا على المدين الذى وفى دينه فحسب ، بل أيضاً على سائر المدينين المتضامنين فى حالة التضامن أو سائر المدينين المتعددين فى حالة عدم القابلية للانقسام (٤) .

٣٩٥ — يكون للموفى من الدائن بما يرد عليه من دفوع : وكما تنتقل مع الحق مزاياه من خصائص وتوابع وتأمينات ، ينتقل أيضاً معه ما يرد عليه من دفوع ، «كأسباب البطلان والانقضاء ، مالم يكن الأمر متعلقاً بواقعة غير منفكة عن شخص الدائن ، كالدفع بقصر الدائن ، فهو لا يظل قائماً بعد الحلول متى كان من تم الحلول له كامل الأهلية »(٥) .

---

(١) استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٥ .

(٣) انظر الأصل التاريخى – فى القانون الفرنسى القديم – فى رجوع الموفى على الكفيل : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ مكررة أولا .

(٤) والحلول فى التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الموفى إلى اتفاق مع الدائن على إحلاله محله فى رهن أو فى أى تأمين آخر أو فى أى طلب للدخول فى التوزيع بدلا منه (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٣٨ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٦ – ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ — ٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٧ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٢ – ٢ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٦٥ – ٢٩ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٠ – ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٦) . ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبة هذا الرهن إضراراً بحق الموفى الذى حل محله فى هذا الرهن (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٤) .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٦ .

فاذا كان الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الموفى كما كان له ذلك تجاه الدائن الأصلى . وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأى سبب آخر كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للمدين أن يدفع بانقضاء الحق تجاه الموفى كما كان يجوز له ذلك تجاه الدائن الأصلى . وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق ، أو كان حقاً مؤجلا ولم يحل الأجل ، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك : لا تجاه الدائن الأصلى فحسب ، بل أيضاً تجاه الموفى الذى حل محله .

أما إذا كان الدائن الأصلى قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء فى هذه الحالة ، فانه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الموفى إذا كان هذا متوافراً فيه الأهلية لاستيفاء الدين .

ب — مايرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود

٣٩٦ — فى حالات خاصة لا يحل الموفى محل الدائن من جميع الوجوه : على أنه إذا كان الأصل أن يحل الموفى محل الدائن فى حقه من جميع الوجوه ، فان هناك حالات لا يكسب فيها الموفى جميع المزايا التى كانت للدائن :

(١) وأولى هذه الحالات أن الموفى إذا وفى الدين للدائن بمبلغ أقل من قيمته ، فانه لا يرجع على المدين إلا بمقدار مادفع للدائن ، أما الدائن فانه كان يرجع على مدينه بكل الدين .

(٢) وإذا كان الموفى مديناً متضامناً ووفى الدائن فحل محله حلولا قانونياً على النحو الذى قدمناه ، فانه لا يرجع على كل من المدينين المتضامنين الآخرين إلا بقدر حصته فى الدين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى من المدينين المتضامنين .

(٣) وإذا كان الموفى هو حائز العقار المرهون ووفى الدائن فحل محله حلولا قانونياً على النحو الذى قدمناه ، لم يكن له بموجب هذا الحلول أن يرجع على

حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بنسبة ماحازه من عقار ، وكان الدائن يرجع على أى حائز لعقار مرهون بكل الدين .

(٤) كذلك لا يرجع حائز العقار المرهون ، إذا هو وفى الدين للدائن ، على الكفيل لنفس الدين ، وكان الدائن يرجع على الكفيل .

(٥) وإذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فان الدائن الأصلى فى استيفاء مابقى من حقه يكون مقدماً على الموفى ، فهنا قلت حقوق الموفى عن حقوق الدائن .

ونستعرض هذه المسائل الخمس متعاقبة .

٣٩٧ — رجوع الموفى على المدين بمقدار ماأداه من ماله لا بمقدار الدين : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ من التقنين المدنى تقضى بأن الموفى إذا وفى الدين للدائن بقيمة أقل من مقدار الدين . فان رجوعه على المدين يكون بمقدار ما أداه لا بمقدار الدين . وفى هذا نرى الموفى يعامل معاملة أقل من معاملة الدائن ، فان الدائن إذا كان الغير لم يوفه حقه كان له أن يرجع بكل حقه على المدين . أما وقد قبل الدائن أن يستوفى من الغير حقه منقوصاً ، ونزل عن جزء منه ، فان هذا النزول يكون فى مصلحة المدين لا فى مصلحة الموفى ، وكأن الدائن قد نزل عن جزء من الدين للمدين ، ومن ثم لا يرجع الموفى على المدين إلا بمقدار ما دفعه لوفاء الدين(١) .

والسبب فى ذلك أن الموفى وهو يفى بالدين للدائن إنما يقوم بوفاء الدين ، بعيداً عن فكرة المضاربة التى رأيناها فى حوالة الحق بالنسبة لمن يشترى الدين . وقد أحاطت الوفاء هنا ملابسات اقتضت أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفى الباقى ، فليس للموفى أن يرجع على المدين بأكثر مما وفى ، إذ هو لا يقصد المضاربة فيما قام به من وفاء ، وهو فى الغالب صديق للمدين أراد إسعافه ، أو ملتزم بالدين أراد الوفاء بالتزامه . ولو كان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الدين ،

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٦ ص ٦٤٦ .

فسبيله إلى ذلك أن يشترى الدين من الدائن بالمقدار الذى دفعه ، وعند ذلك ينتقل إليه الدين كاملا عن طريق حوالة الحق ، ويرجع به كله على المدين .

٣٩٨ — الموفى مدين متضامن : وإذا كان الموفى مديناً متضامناً ، أو كان مديناً مع آخرين فى دين غير قابل للانقسام ، أو كان أحد الكفلاء المتضامنين ، ثم وفى الدين كله للدائن فحل محله فيه حلولا قانونيا ، فقد كان ينبغى أن يكون مدى رجوعه معادلا لمدى رجوع الدائن . ولما كان الدائن يستطيع أن يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن أو على أى مدين فى دين غير قابل للانقسام أو على أى كفيل متضامن ، فقد كان ينبغى للموفى أن يفعل ذلك هو أيضاً . ولكن الموفى لا يرجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين ، أو على أى من المدينين المتعددين الآخرين فى الدين غير القابل للانقسام ، أو على أى من الكفلاء المتضامنين الآخرين ، إلا بقدر حصة من يرجع عليه ، وذلك تفادياً من تكرار الرجوع . إذ لو رجع بالدين بعد استنزال حصته على أى من هؤلاء ، لكان للدافع أن يرجع هو أيضاً على أى من الباقين بما بقى من الدين مستنزلا منه حصته ، وهكذا ، فيتكرر الرجوع ؛ فقصر حق الموفى فى الرجوع على مقدار حصة من يرجع عليه تبسيطاً لإجراءات الرجوع ، ولأن الدين إذا كان لا ينقسم فى علاقة الدائن بالمدينين فانه ينقسم فى علاقة المدينين بعضهم ببعض ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى التضامن .

٣٩٩ — الموفى حائز العقار المرهون ويرجع على حائز لعقار مرهون آخر — النصوص القانونية : وتنص المادة ٣٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار »(١)

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٣ فى المشروع —

والمفروض هنا أن الدين مضمون برهون متعددة على عقارات مختلفة ، وقد بيع كل عقار فأصبح فى يد حائز لعقار مرهون . ولما كان كل من هؤلاء الحائزين ملتزماً بالدين عن المدين ، فانه إذا وفى أحدهم الدين للدائن حل محله قانوناً . وكان ينبغى أن يرجع بالدين ، بعد أن يستنزل منه حصته بحسب قيمة ماحازه من عقار ، على أى من الحائزين الآخرين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى منهم لأن الرهن غير قابل للتجزئة . ولكن النص يقضى بأن يرجع الموفى على كل من الحائزين الآخرين بقدر حصته فى الدين بحسب قيمة ماحازه من عقار ، حتى لايتكرر الرجوع ، وذلك لنفس الاعتبارات التى سبق إيرادها فى خصوص التضامن(١) .

= النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٠ – ص ١٩١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٨ وهى مطابقة للمادة ٣٣١ من التقنين المدنى المصرى . ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السورى ، ولا فى التقنين المدنى العراقى ، ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، ولكن الحكم يمكن العمل به دون نص .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فإذا قام أحد المدينين المتضامنين بالوفاء بالدين بأسره ، كان له أن يرجع على الباقين كل بقدر حصته ... ولو كان رجوعه هذا مؤسساً على دعوى الحلول ... وقد طبقت القاعدة نفسها فيما يتعلق بالحائز عند وفائه بكل الدين الذى رهن العقار لضمان الوفاء به . فلمثل هذا الحائز أن يرجع بدعوى الحلول على الحائزين الآخرين ، سواء فى حالة تعدد العقارات المرهونة فى دين واحد ، أو فى حالة تعدد المشترين للعقار المرهون ، ولكن ليس له أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين حسب قيمة ما يكون حائزاً له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٠ – ص ١٩١) .

وتقول محكمة استئناف مصر إن هذا هو الحل الذى تمليه العدالة حفظاً للتوازن فى الحقوق والواجبات بين جميع الحائزين ، لأن القانون يخول كلا منهم حق الحلول محل الدائن الأصلى فى حقوقه متى وفى الدين ، وله بهذه المثابة أن يرجع على سواه من الحائزين ومنهم من دفع أولا . فخير وسيلة لحفظ الموازنة بين الجميع هى أن يجعل رجوع بعضهم على بعض متناسباً مع قيمة ما يحوزون (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٨٠) . وانظر : استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٦ – ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٣٠ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٥ — ٣٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٣ .

٤٠٠ – الموفى حائز للعقار المرهود ولا يرجع على الكفيل : إذا كان للدين كفيل شخصى أو عينى ، فأصبح مسئولا عن الدين ، فانه إذا وفى الدين للدائن حل محله فيه قانوناً . وكان له أن يرجع – كما كان يرجع الدائن – على أى عقار مملوك للمدين ومرهون فى الدين ، ولو انتقل العقار إلى يد حائز . فاذا رجع الكفيل على هذا العقار المرهون واستوفى منه مادفعه وفاء للدين ، لم يرجع عليه أحد ، لاالمدين صاحب العقار المرهون ولا الحائز لهذا العقار ، لأنه إنما كان مسئولا عن الدين تجاه الدائن ، لاتجاه المدين ولاتجاه خلفه الخاص حائز العقار المرهون .

أما العكس فغير صحيح . فلو كان الموفى هو الحائز للعقار المرهون ، وحل محل الدائن حلولا قانونياً ، فانه لا يستطيع الرجوع على الكفيل ، إذ لو رجع عليه ، لكان للكفيل أن يرجع هو أيضاً بدوره على هذا الحائز بدعوى الحلول . فلا فائدة إذن من رجوع الحائز للعقار المرهون على الكفيل ، لأن هذا الحائز مسئول عن الدين تجاه الكفيل بمقتضى الرهن . أما الكفيل فقد رأينا أنه يرجع على الحائز للعقار المرهون ، لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز كما قدمنا(١) .

٤٠١ – الموفى لم يوف الا جزءاً من الدين – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٠ من التقنين المدنى على مايأتى :

« ١ – إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء مابقى له من حق مقدماً على من وفاه ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

« ٢ – فاذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل

---

(١) [illegible] الحائز للعقار المرهون الدين بأكثر من الثمن الذى اشترى به العقار ، اعتبر فيما زاد على الثمن بمثابة كفيل عينى ، وانقسم الدين عليه وعلى الكفلاء ، فيرجع على كل كفيل بقدر حصته فيما زاد على الثمن (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص٣٢٨) وانظر فى أن الحائز للعقار المرهون لا يرجع على الكفيل : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤١ .

أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ماهو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء(١) » .

والمفروض هنا أن الموفى وفى جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن فى هذا الجزء . فاذا كان المدين قد رهن عقاراً فى الدين ، وليس يفى العقار بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فان الموفى وقد وفى جزءاً من الدين والدائن الأصلى ولا يزال دائناً بالجزء الباقى لا يجدان أمامهما غير هذا العقار ليستوفى كل حقه منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . ولكن فيما بينهما كان ينبغى أن يتعادلا ، فان كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر . ولكن النص — وهو فى ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين — يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشترط على الموفى أن يتقدم عليه فى استيفاء الجزء الباقى ، وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئياً ما كان الموفى يستطيع أن يجبره عليه .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٢ ، فمجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٨ — ص ١٨٩) .

ويقابل فى التقنين المدنى السابق المادة ٦١٧/٥٠٥ ، وهذا نصها : « إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه ، ويحل محل الدائن فى حقوقه . لكن لا تجوز له المطالبة إلا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه إذا كان الكفيل لم يدفع إلا جزءاً من الدين » . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٩ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المصرى) .

فى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٧ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المصرى) .

فى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٢ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المصرى) .

فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣١٦ : فى حالة الإيفاء الجزئى يشترك البديل مع الدائن فى استعمال الحقوق المختصة بكل منهما على نسبة ما يجب لكل واحد ، ويوفى دينهما من أموال المديون على نسبة حصة كل منهما . (وهذا النص يخالف نص التقنين المصرى ، فهو يفترض أن إرادة الدائن وإرادة الموفى بجزء من الدين قد انصرفتا إلى أن يكونا على قدم المساواة ، فيقتسما مال المدين قسمة الغرماء) .

ومن ثم يتقدم الدائن الأصلي على الموفى فى الغرض الذى نحن بصدده ، ويستولى أولا الجزء الباقى له من الدين ، ومابقى بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الموفى فلا يستوفى به كل حقه(١) .

ونرى من ذلك أن الموفى ، وقد حل محل الدائن فىجزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه . على أن هذه القاعدة يحد منها قيود ثلاثة :

(١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أراده الدائن والموفى Nemo contra se subrogasse censetur ، فهى ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والموفى أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء . بل لهما أن يتفقا على أن الموفى هو الذىيتقدم الدائن فيستوفى أولا الجزء من الدين الذى وفاه ، وما بقى بعد ذلك يأخذه الدائن. وهذا ما يقع غالباً ، فان الموفى وهو يفى للدائن بحقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذى يملى شروط الوفاء ، فسرعان ما يشترط أن يتقدم الدائن فى استيفاء حقه من المدين(٢) .

(٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والموفىعلى شيء يخالف القاعدة المتقدمة الذكر ، وتقدم الدائن على الموفى فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يفى له بالجزء الباقى من حقه ويحل محله فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدنى صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، فقضت بأنه : « إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيراً

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ — وقد طبقت المادة ٧٩٩ من التقنين المدنى الجديد هذا الحكم فى الكفالة ، فنصت على إنه « إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين » . انظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ٥٠٥/٦١٧ من التقنين المدنى السابق وقد سبق ذكرها .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٧ ص ٦٤٨. هذا ويلاحظ أن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٣١٦) وضع القاعدة على خلاف ذلك كما قدمنا ، فافترض أن الدائن والموفى أرادا أن يتعادلا وأن يتقاسما مال المدين قسمة الغرماء .

هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء »(١). ولا يستطيع الدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقى من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعله متقدماً على الموفى الأول ، إذ أن الموفى الأول ليس طرفاً فى هذا الاتفاق فلا يسرى فى حقه . وإنما يجوز للدائن ، عند استيفاء جزء من حقه من الموفى الأول ، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه فى الجزء الباقى يتقدم على الموفى الأول . وعند ذلك يكون للدائن وهو يستوفى الجزء الباقى ، أن يتفق مع الموفى الثانى على أن يتقدم على الموفى الأول . وهذا هو ما رضى به الموفى الأول مقدماً عند اتفاقه مع الدائن(٢) .

(٣) وما قدمناه من أن الموفى بجزء من الدين يتأخر عن الدائن عندما يريد هذا استيفاء الجزء الباقى ، إنما يصح إذا تمسك الموفى بدعوى الحلول . أما إذا تمسك بالدعوى الشخصية ، فلا وجه لتفضيل الدائن عليه . فاذا فرض فى المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، ووفى الغير الدائن جزءاً من حقه ، ولم يكن عند المدين مال يفى بكل الدين ، فان رجوع الموفى بالدعوى الشخصية على المدين يجعله يزاحم الدائن فى رجوعه على المدين بما بقى من حقه ويتقاسمان مال المدين قسمة غرماء . ذلك أن الموفى إنما يرجع ، لا بدعوى الدائن عن طريق الحلول حتى يتقدم الدائن عليه ، بل بدعوى شخصية خاصة به تعادل دعوى الدائن ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر(٣) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٩ وهذا الحكم هو المتبع فى القانون المدنى الفرنسى ، مستمداً من التقاليد دون نص على ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٣) .

(٢) أما إذا كان الدائن الذى بقى له جزء من حقه – وهو مقدم فيه على الموفى – قد حول هذا الجزء الباقى إلى آخر حوالة حق ، فإن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مقترناً بحق التقدم الذى كان للدائن المحيل (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٤) .

(٣) بودرى وبارد فقرة ١٥٧١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٨ ص ٦٤٩ – وإذا رجع من وفى جزءاً من الدين على كفيل للدين بالدعوى الشخصية لا بدعوى الحلول ، لم يتقدم عليه الدائن عند رجوع هذا على الكفيل بالجزء الباقى من الدين ، للأسباب ذاتها (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٢) .

وإذا كان للدائن رهنان متتاليان على عقار واحد يضمنان دينين مختلفين ، ووفى الغير للدائن جزءاً من الدين المضمون بالرهن الأول ، وتقدم الدائن على الموفى فى استيفائه للجزء الباقى من =

§ ٢ – التكييف القانونى للحلول

٤٠٢ – صعوبة هذا التكييف وسبب ذلك : يقوم فى سبيل التكييف القانونى للحلول صعوبة جوهرية : فان حلول الموفى محل الدائن معناه كما رأينا انتقال حق الدائن نفسه بمقوماته وخصائصه وتوابعه وتأميناته ودفوعه من الدائن إلى الموفى، ثم إن هذا الحلول لايكون إلا بوفاء الموفى لهذا الحق ، والوفاء سبب من أسباب انقضاء الحق بل هو أهم أسبابه ، فاذا كان الموفى قد وفى للدائن حقه فقد انقضى هذا الحق ، فكيف ينقضى الحق بالوفاء ومع ذلك ينتقل إلى الموفى فيبقى بانتقاله ! كيف ينقضى الحق ويبقى فى وقت واحد ! .

أمام ذلك لجأ الفقه الفرنسى التقليدى إلى القول بأن بقاء الحق بعد انقضائه بالوفاء إنما هو افتراض قانونى (fiction légale) لا أساس له من الواقع ، فان الواقع من الأمر أن الحق قد انقضى بالوفاء ، ولكن القانون يفترض مع ذلك بقاءه للأغراض العملية التى توخاها من إحلال الموفى محل الدائن فيه . وقد انقسم الفقه التقليدى فى شأن هذا الافتراض القانونى . فبدأ فريق بالقول إن الذى يبقى ليس هو الحق نفسه فانه قد انقضى بالوفاء ، وإنما تبقى تأمينات الحق وهى التى تنتقل لتكفل حق الموفى فى الرجوع على المدين . ولكن الفكرة التى تغلبت فى الفقه التقليدى هى أن الحق يبقى افتراضاً وتنتقل مع الحق تأميناته وتوابعه وما إلى ذلك .

ثم بدأ الفقه الحديث ينبذ فكرة الافتراض ويواجه المسألة مواجهة جديدة ، فيجعل الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقالا للحق بالنسبة إلى المدين . فيشبه من وجه حوالة الحق ، ولكن يبقى الوفاء مع الحلول مع ذلك متميزاً عن حوالة الحق ، ويظهر ذلك عند بيان الفروق ما بين هذين النظامين .

فنحن نبسط أولا النظريات الثلاث المختلفة فى التكييف القانونى للوفاء مع الحلول ، ثم نبرز الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق .

= هذا الدين ، فإن الموفى يتقدم على الدائن عند ما يريد الدائن استيفاء الدين الآخر المضمون برهن متأخر فى المرتبة (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٨) .

١ — النظريات الثلاث المختلفة فى التكييف القانونى للوفاء مع الحلول

٤٠٣ — بقاء التأمينات وحدها دون الحق : يذهب فريق من الفقهاء إلى أن الوفاء مع الحلول يقضى الحق الموفى به ، لأن الحق لا يمكن أن يبقى بعد الوفاء . وإنما يستبقى القانون ، افتراضاً بسلطان منه ، التأمينات التى تكفل الحق ، وينقلها إلى حق الموفى فى الرجوع على المدين بما وفاه من دينه . فكأن دعوى الحلول ، فى هذه النظرية ، هى نفسها الدعوى الشخصية التى يرجع بها الموفى على المدين ، وتقوم على الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، وإنما نقل القانون إليها التأمينات التى تكفل حق الدائن بعد انقضاء هذ الحق بالوفاء . فالوفاء مع الحلول ليس إذن إلا وفاء ، أو هو ضرب من ضروب الوفاء . ويكون الوفاء نوعين : وفاء بسيطاً (paiement pur et simple) ووفاء موصوفاً (paiement avec modalité) هو الوفاء مع الحلول .

ويبدو أن التقنين المدنى السابق كان يشير إلى هذه النظرية فى النصوص التى وضعها للوفاء مع الحلول ، إذ كان يقول فى المادة ٢٢٥/١٦٢ : « التأمينات التى كانت على الدين الأصلى تكون تأميناً لمن دفعه فى الأحوال الآتية . . . » ، وكان يقول فى المادة ٢٢٧/١٦٤ : « يجوز للمدين أن يقترض بدون واسطة مداينه من شخص آخر مايكون منه وفاء المتعهد به ، وأن ينقل لذلك الشخص التأمينات التى كانت للدائن الأصلى . . . » . على أن الفقه والقضاء فى مصر ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، لم يكونا يسايران هذا الاتجاه وكانا يذهبان إلى أن الحق نفسه هو الذى ينتقل إلى الموفى(١) .

٤٠٤ — بقاء الحق نفسه وانتقاله الى الموفى : ذلك أن الفريق الأكبر من الفقه الفرنسى التقليدى لم يسلم بانقضاء الحق الموفى به مع بقاء تأميناته ، وانتقالها إلى الموفى . وحجتهم فى ذلك أنه إذا كان المنطق المحض يقتضى أن ينقضى الحق بالوفاء ، فكذلك المنطق المحض يقتضى أن تزول تأمينات الحق

---

(١) انظر الموجز للمؤلف ص ٥٧٨ .

زوال هذا الحق . فاذا كنا استبقينا التأمينات بالرغم من زوال الحق ونقلناها إلى الموفى، فليس ذلك إلا عملا افتراضياً محضاً . وما دمنا قد لجأنا إلى الافتراض فى استبقاء التأمينات ونقلها إلى الموفى ، فلماذا لا نلجأ إلى نفس الافتراض فى استبقاء الحق نفسه بتوابعه وخصائصه لننقله إلى الموفى(١) ؟

والفرق كبير بين الاقتصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، وبين نقل الحق نفسه إلى الموفى بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع . والثانى لا الأول هو حكم الوفاء مع الحلول(٢) ، كما تقضى بذلك صراحة المادة ٣٢٩ مدنى على الوجه الذى قدمناه .

ويبدو الفرق واضحاً بين القولين . فالقول ببقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى لا يخلط بين حق الموفى الشخصى الذى استمده من واقعة الوفاء ، ومصدره الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، وحق الموفى الذى استمده من حلوله محل الدائن وهو حق الدائن نفسه كما قدمنا . فينتقل إلى الموفى بموجب الحلول حق الدائن بمقوماته وخصائصه ، كما لو كان الحق تجارياً أو كان مقترناً بسند تنفيذى أو كانت له مدد تقادم خاصة . وينتقل بتوابعه ، كالفوائد ودعوى الفسخ والدعوى البولصية . وينتقل بتأميناته ، كالرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز والكفالة . وينتقل بدفوعه ، كأسباب البطلان وأسباب الفسخ وأسباب الانقضاء . أما لو قلنا بالاقتصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، فاننا لا نجعل للموفى إلا حقاً واحداً هو حقه الشخصى الذى استمده من الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . فلا ينتقل إلى الموفى نفس حق الدائن ، بل ينقضى هذا الحق بالوفاء بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يرد عليه من دفوع . ولا يبقى إلا حق الموفى الشخصى كما قدمنا ، تضاف إليه التأمينات

---

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦٢٠ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ و ص ٢٧٠ هامش رقم ٢١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦١٨ — ص ٦١٩ .

التى كانت تكفل حق الدائن الأصلى(١) . وظاهر أن القول الأول دون الثانى هو القول الصحيح .

٤٠٥ — الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة الى الدائن وانتقال للحق بالنسبة الى المدين : والفقه الحديث لا يميل فى تكييف الوفاء مع الحلول تكييفاً قانونيا إلى فكرة الافتراض القانونى (fiction légale) ، بل هو يواجه هذه العملية المركبة مواجهة صريحة ويحللها إلى عناصرها الأولية .

فالعملية من شقين : (١) هى أولا وفاء للحق (paiement) بالنسبة إلى الدائن ، إذ الدائن يستوفى حقه من الموفى فينقضى هذا الحق بالنسبة إليه . (٢) ثم هى انتقال للحق (transfert) بالنسبة إلى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه بل وفاه عنه غيره ، فلا ينقضى بالنسبة إلى المدين بل ينتقل إلى الموفى لأنه هو الذى وفى الحق فى مقابل أن يحل محل الدائن فيه(٢) .

ووجه الدقة فى هذه العملية أن هناك وفاء للحق ، ولكن لم يقم به المدين . فمن حيث أن هناك وفاء للحق ، ينقضى الحق بالنسبة إلى من استوفاه وهو الدائن . ومن حيث أن المدين ليس هو الذى قام بالوفاء ، يبقى الحق فى ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلى ، هو ذلك الموفى الذى ما وفى الحق إلا ليحل محل الدائن الأصلى فيه(٣) .

---

(١) بل إن من هذه التأمينات ما يعتبر صفة فى الدين لا فى الدائن ، كحق الامتياز . فينبغى ألا تنتقل حقوق الامتياز بعد انقضاء حق الدائن إذا قلنا بالنظرية التى تذهب إلى انقضاء الحق مع بقاء التأمينات (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٢٨ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٤ — دى باج ٣ فقرة ٥٥٣ — فقرة ٥٥٤ وفقرة ٥١٣ — فقرة ٥١٤ وقارن فقرة ٣٢٧ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٥٥ — فقرة ٥٥٢ ، ولكنهما يذهبان إلى أن انتقال الحق افتراض قانونى — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٥١٥ ، وهم وإن كانوا ينبذون فكرة الافتراض القانونى ، إلا أنهم يذهبون إلى أن الاعتبارات العملية هى وحدها التى اقتضت أن ينقضى الحق بالوفاء وهو مع ذلك يبقى بانتقاله إلى الموفى ، فالاعتبارات العملية هنا قد غلبت على الصناعة القانونية . وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٥ — ص ٣٦ . ويذهب إلى أن هذا =

ومن ثم فان الوفاء مع الحلول ، من حيث أنه ينقل الحق نفسه من الدائن إلى الموفى ، يقترب كثيراً من حوالة الحق . فلا بد من إبراز الفروق ما بين هذين النظامين المتقاربين ، حتى يتبين فى وضوح أنهما نظامان لا يختلطان ، بل يتميز أحدهما عن الآخر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى إيجاز(١) .

ب — الفروق مابين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

٤٠٦ — اختلاف الأغراض العملية : شرع الوفاء مع الحلول لغرض عملى هو التيسير على المدين فى وفاء دينه ، فالموفى هو عادة صديق يتقدم لوفاء دين صديقه لينقذه من مطالبة الدائن الملحة ، ثم يترفق به فلا يرجع عليه إلا عند الميسرة . ولو أراد الموفى أن يرجع مباشرة على المدين ، لكان

= شبهاً بين من يوفى بدين على الغير وبين من يقوم بعمل لمصلحة الغير ، فلا يجوز أن ينكر على الموفى حقه فى التمسك بما أداه لصالح المدين ، وبذلك كان الحلول وسيلة يمنع بها الشارع جهد المستطاع أن يكون الموفى ضحية سعيه فى الخير !

هذا ويؤيد تكييف الوفاء مع الحلول على أنه وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال للحق بالنسبة إلى المدين ، ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «الأصل فى الالتزام أن ينقضى بالوفاء ، ومتى انقضى على هذا الوجه انقضى تبعاً لذلك ما يتصل به من الملحقات وأخصها التأمينات الشخصية والعينية والفوائد التى تم استحقاقها من قبل : انظر المادة ١١٤ من تقنين الالتزامات السويسرى . على أن هذا الحكم لا يجرى على إطلاقه ، بل يجب التحفظ فى شأنه فيما يتعلق بالوفاء مع الحلول حيث تظل التأمينات قائمة ، بل يظل الالتزام قائماً لصالح من تم الحلول له . ينحصر أثر الحلول ، قانونياً كان أو اتفاقياً ، فى إحلال الموفى محل الدائن فى الحق الذى استوفاه ، وعلى هذا النحو يظل الحق قائماً بعد الوفاء ، وهو أمر يشق توجيهه من الناحية الفقهية . ومهما يكن من شىء فلفكرة الحلول نصيبها من التراكيب : فهى تبدو عند إمعان النظر فيها وفاء تترتب عليه براءة الذمة فى صلة الدائن بالمدين . وهى تتمثل فى صور الاستخلاف على الحق فى صلة الدائن بالموفى ، حتى لتكاد تشتبه بالحوالة . على أن بين الحلول والحوالة من دقيق الفوارق ما يمتنع معه هذا الاشتباه ، كما سيأتى بيان ذلك . والخلاصة أن الدين فى الحلول يظل قائماً بعد الوفاء ، دون أن يستبدل به دين جديد (قارن م ٢٢٥/١٦٢) ، ولا يعتبر هذا مجرد افتراض ، بل هو حقيقة واقعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ — ص ١٨٦) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٤ .

سبيله إلى ذلك ، ليس الوفاء مع الحلول ، بل حوالة الحق ، فيشترى الحق من الدائن ويرجع به مباشرة على المدين . ولكن الموفي ، كما قدمنا ، لا يبغى من تدخله كسباً ، بل يقدم يد المعونة يسديها الصديق للصديق (office d'ami). وهو إذا كان لا يبغى كسبا ، فهو لا يريد أن يتجشم خسارة . ومن ثم فهو يحل محل الدائن فى حقه بما لهذا من الحق من تأمينات ، حتى يستوثق من جدوى الرجوع على المدين . على أنه لا يطالب فى الرجوع على المدين إلا بمقدار ما أدى لوفاء الدين ، حتى لو كان هذا المقدار أقل من قيمة الدين . ويبقى هذا هو الغرض العملى من الوفاء مع الحلول حتى لو كان الموفى مجبراً على الوفاء ، بأن كان ملزماً بالدين مع المدين أو عنه ، فقد قبل منذ البداية أن يلتزم بالدين ، فهو لا يزال فى موقف الصديق . والوفاء مع الحلول لا يكون إلا لدين قد حل . فيتقدم الموفى لقضائه .

وهذا بخلاف حوالة الحق . فمن يشترى حقاً يشتريه عادة بأقل من قيمته ، إما لأن الحق لم يحل أجل الوفاء به ، وإما لأن استيفاء الحق تحيط به صعوبات قوبلت المخاطرة فى مواجهتها بخفض فى قيمة الحق . ويرجع المحال له بعد ذلك على المدين بكل قيمة الحق . فالمحال له ، بخلاف الموفى ، مضارب يعقد صفقة يبغى من ورائها كسباً فى مقابل ما يتربص به من وقت أو ما يواجه من مخاطرة لاستيفاء الحق . ولا يقتصر على توقى الخسارة ، كما يقتصر الموفى فى الوفاء مع الحلول(١).

---

(١) والقضاء مضطرد فى أنه لأجل التميز بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، يجب الرجوع إلى غرض من تعامل مع الدائن . فإن كان غرضه أداء خدمة للمدين بوفاء دينه ، فهذا هو الوفاء مع الحلول . وإن ظهر من ظروف الدعوى أنه لم يكن يرمى إلى هذا الغرض، وجب اعتبار العقد حوالة حق . انظر : أسيوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣٩ ص ١٢٥ — ١٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٥ ص ١٣٨ — استئناف أهلى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣٨ ص ٢٢٤ — استئناف مصر ٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ — الاسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢١ ص ٤٢٤ — أسيوط ٧ يوليه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٥ ص ٢٥٢ — استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٠ ص ٢٦٧ — استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٠ — ٢٨ نوفبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٥٣٩ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٧٥ .

على أن الموفى ، فى الحلول الاتفاقى ، قد يبغى أيضاً أن يستثمر ماله ، فهو يقوم بالعملين معاً ، يسدى خدمة ويستثمر مالا . فتقارب الأغراض العملية ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، فى هذه الحالة ، يجعل النظامين يختلطان أحدهما بالآخر . ولعل الذى أبقى الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق أن الوفاء مع الحلول قد يتم بغير إرادة الدائن ، أما حوالة الحق فلا تتم إلا إذا كان الدائن راضياً بالحوالة . ومن ثم كان هناك محل للوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق فى الحالات التى يتعذر فيها الحصول على رضاء الدائن بالنزول عن حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات (١).

٤٠٧ — الفروق من حيث شروط الانعقاد والنفاذ : رأينا أن حوالة الحق تنعقد باتفاق بين الدائن المحيل والمحال له ، فلابد إذن فيها من رضاء الدائن . أما الوفاء مع الحلول فهو أكثر تنوعاً ومرونة . فقد يتم برضاء الدائن إذا اتفق مع الموفى . ولكنه قد يتم أيضاً بغير رضاء الدائن ، ويكفى أن يتفق المدين والموفى على النحو الذى بسطناه فيما تقدم حتى يتم الحلول . بل هو قد يتم دون رضاء أى من الدائن والمدين ، فيتحقق بارادة الموفى وحده فى الحالات التى نص فيها على أن يكون الحلول بموجب القانون(٢). ونرى من ذلك فائدة الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق ، فحوالة الحق لا تصب إلا فى قالب واحد لا تستطيع منه فكاكا ، أما الوفاء مع الحلول فقوالبه كثيرة متعددة ، وهذا التنوع هو الذى يكسبه مرونة تجعل لوجوده معنى إلى جانب حوالة الحق .

ثم إن نفاذ حوالة الحق فى حق المدين وفى حق الغير لا يكون إلا برضاء المدين أو باعلانه بالحوالة بالطرق المقررة التى سبق بيانها . أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ فى حق المدين وفى حق الغير دون أى إجراء(٣). ويترتب على ذلك أن

(١) انظر بردرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٥ .

(٢) فإذا كان الحق غير قابل للنزول عنه ولا للحجز عليه ، لم يستطع الدائن حوالته . ولكنه يستطيع استيفاءه من الغير ، ويحل الغير محله فيه (بونسار فى أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ subrogation فقرة ٢٠٦) .

(٣) على أن الحيطة تقتضى أن يخطر الموفى المدين بأنه وفى الدين ، خشية أن يوفى المدين الدين للدائن قبل علمه بالوفاء السابق ، فلا يستطيع الموفى فى هذه الحالة إلا أن يرجع على الدائن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٧٠ وهامش رقم ٢٢) .

الدائن إذا كان قد استوفى حقه من الغير عن طريق الوفاء مع الحلول ، ثم حول بعد ذلك الحق لمحال له وأعلن هذا الحوالة للمدين ، فان الوفاء مع الحلول وقد سبق حوالة الحق يكون نافذاً — دون إعلان ودون أى إجراء آخر — فى حق كل من المدين والمحال له على السواء ، ولا يستطيع المحال له فى هذا الفرض أن يتمسك بالحوالة فى مواجهة الموفى مع الحلول . وهذا بخلاف ما إذا كان الدائن قد حول حقه أولا بدلا من استيفائه ولم يعلن المحال له بالحوالة ، ثم عمد الدائن إلى تحويل حقه مرة ثانية إلى محال له أعلن الحوالة للمدين ، فنى هذا الفرض يستطيع المحال له الثانى أن يتمسك بالحوالة التى أعلنها فى مواجهة المحال له الأول الذى لم يعلن حوالته(١).

٤٠٨ — الفروق من حيث الآثار — الدعوى الشخصية : هناك فرق جوهرى ، يظهر بادىء ذى بدء ، بين الموفى مع الحلول والمحال له . فالمحال له ليس له إلا دعوى واحدة ، هى دعوى الحق الذى انتقل إليه ، ولا يستطيع أن يرجع على المدين بغير هذه الدعوى . أما الموفى مع الحلول فله دعويان : دعوى الحق الذى انتقل إليه يطالب فيها بحق الدائن كما يطالب المحال له ، ثم الدعوى الشخصية الناشئة من واقعة الوفاء ومصدرها الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . فللموفى إذن دعويان ، دعوى الحلول والدعوى الشخصية ، ولكل من الدعويين ميزات على الدعوى الأخرى .

فمن ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية ، أن الموفى إذا رجع بدعوى الحلول ، كان له جميع تأمينات الحق الذى وفاه عينية كانت أو شخصية ، وكان له أيضاً جميع مقومات هذا الحق وخصائصه فقد يكون حقاً تجارياً أو يكون مقترناً بسند تنفيذى ، وقد تقدم بيان ذلك .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول . ونذكر من هذه الميزات ثلاثا :

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٤ — ٦٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٦ ص ٦٥٦ .

أولا — لما كان الموفى يرجع فى الدعوى الشخصية على أساس الوكالة أو الفضالة فى أغلب الأحوال ، فانه يستحق الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين وذلك بحكم القانون . أما فى دعوى الحلول فانه يرجع بحق الدائن ، فاذا لم يكن هذا الحق ينتج فوائد ، فان الموفى لا يتقاضى أية فوائد من المدين .

ثانياً — إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فان مصدرها هو واقعة الوفاء كما قدمنا ، ويكون حقه قد نشأ منذ ذلك الوقت . فلا يتقادم — بخمس عشرة سنة فى الوكالة وبثلاث سنوات فى الفضالة وفى الإثراء بلا سبب — إلا بانقضاء هذه المدة وتسرى من وقت الوفاء . أما إذا رجع الموفى بدعوى الحلول ، فانه يرجع بنفس الحق الذى انتقل إليه من الدائن ، وقد يكون تقادم هذا الحق ساريا منذ مدة طويلة ويوشك أن يتم ، فلا يكاد الموفى يهم برفع دعوى الحلول حتى يكون الحق قد انقضى بالتقادم .

ثالثاً — إذا كان الموفى قد وفى الحق وفاء جزئياً ، وأراد الرجوع بدعوى الحلول ، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقى من حقه . أما إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فانه يتعادل مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه ، ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء . وقد سبق بيان ذلك (١) .

٤٠٩ — الفروق من حيث الآثار — دعوى الحلول : فاذا نحن تركنا الدعوى الشخصية واقتصرنا على دعوى الحلول بالنسبة إلى كل من الموفى والمحال له ، فلا تزال هناك فروق هامة بين الاثنين ، ترجع فى أساسها إلى أن الموفى صديق يسدى يداً لا يقصد من ورائها كسباً ، أما المحال له فضارب يبغى الكسب . ونذكر من هذه الفروق ما يأتى :

أولا — يرجع الموفى على المدين بمقدار ما دفع من ماله وفاء للدين ، فلوأنه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠١ — وانظر فى كل ما تقدم بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢١ ص ٦٢٢ — ٦٢٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ وفقرة ١٢٤٢ .

دفع مبلغاً أقل من قيمة الدين فانه لا يرجع على المدين إلا بهذا المبلغ الأقل ، وقد تقدم بيان ذلك . أما المحال له فلو اشترى الحق بأقل من قيمته — ويقع ذلك غالباً — فانه يرجع على المدين بكل الحق ، إذ هو مضارب يبغى الكسب(١).

ثانياً — إذا قام الموفى بوفاء الدين ، ثم أثبت المدين أن الدين غير موجود ، كأن كان باطلا أو كان قد انقضى ، فان الموفى لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان ، إذ أن الدائن لم ينقل حقاً ولكنه استوفاه ، فلا يجب عليه الضمان . وإنما يرجع الموفى فى هذه الحالة على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق ، فقد تبين أنه وفى حقاً غير موجود فله أن يسترده . أما إذا رجع المحال له على المدين بالحق المحال به وتبين أن الحق غير موجود ، فان المحال له يرجع بالضمان على الدائن ليعوضه كل مافقده بسبب انعدام الحق(٢) .

ثالثاً — إذا قام الموفى بوفاء الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، فقد رأينا أن الدائن يتقدم عليه فيستوفى الجزء الباقى من حقه أولا ، ثم يأخذ الموفى مابقى بعد ذلك وقد لايكون كافياً للوفاء بما دفع . أما المحال له فاذا كان قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين ، فان الدائن لايتقدم عليه ، بل يتعادل معه ويتقاسمان مال المدين قسمة غرماء .

رابعاً — وقد رأينا أن الموفى إذا قام بوفاء جزء من الحق ، وقام شخص آخر بوفاء الباقى ، فان الموفى الأول والموفى الثانى يتعادلان فى رجوعهما على المدين ، ويتقاسمان ماله قسمة الغرماء (م ٢/٣٣٠ مدنى) . أما إذا كان

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ — وهذا إلا إذا كانت الحوالة بحق متنازع فيه ، فيجوز للمدين فى هذه الحالة أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هو رد إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ١/٤٦٩ مدنى) .

(٢) ففى دعوى الضمان يرد الدائن للمحال له قيمة الحق كله مع الفوائد والمصروفات والتعويض عن أى ضرر آخر أصاب المحال له ، أما فى دعوى استرداد غير المستحق فلا يرد الدائن للموفى إلا ما قبضه منه وفاء للدين ولايكون مسئولا عن الفوائد إلا إذا كان سيىء النية وقت القبض (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٣ — ص ٦٢٤ — بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ١٢٤٣) .

الدائن ، بعد أن استوفى من الموفى جزءاً من حقه ، حول الجزء الباقى إلى محال له ، فان هذا الجزء البـاقى فى انتقاله للمحال له يبقى محتفظاً بميزة التقدم ، فيتقدم المحال له على الموفى .

الفرع الثانى

الموفى له

(Accipiens)

٤١٠ — يتم الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له أو بارادة الموفى وحده : رأينا أن الوفاء هو فى الأصل اتفاق على قضـاء الدين بين الموفى والموفى له ، ولكن قد يرفض الموفى له دون حق قبول الوفاء ، فيستطيع الموفى بارادته وحده أن يجبره على قبوله عن طريق العرض الحقيقى . وسواء كان الوفاء اتفاقاً أو بارادة الموفى المنفردة ، فهو تصرف قانونى (acte juridique) كما سبق القول .

ونستعرض فى مبحثين متعاقبين : (١) حالة ما إذا كان الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له . (٢) حالة ما إذا كان الوفاء بارادة الموفى المنفردة ، وهذا هو العرض الحقيقى مع الإيداع (offre réelle et consignation)

المبحث الأول

الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له

٤١١ — الموفى له هو الدائن وقد يكون غير الدائن : الموفى له يكون عادة هو الدائن أو نائبه . وقد يكون غير الدائن فى بعض حالات استثنائية .

المطلب الأول

الموفى له هو الدائن أو نائبه

٤١٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً(١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٧/٢٣٠(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٠ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٩ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٣ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٢٩٣(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان فى فقرتين . فأدمجتهما لجنة المراجعة فى فقرة واحدة تحت رقم ٣٤٤ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ و ص ١٩٤) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٦٧/٢٣٠ : يجب أن يكون الوفاء للدائن أو لوكيله فى ذلك أو لمن له الحق فى الشىء المتعهد به . (ويتفق الحكم فى التقنينين السابق والجديد — انظر فى أن المقصود ، فى رأى البعض ، بعبارة « أو لمن له الحق فى الشىء المتعهد به » هو الدائن الظاهر : الموجز للمؤلف ص ٥٥٨ هامش رقم ٢) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٣٠ (مطابقة للمادة ٣٣٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣١٩ (مطابقة للمادة ٣٣٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٣ : ١ – يصح دفع الدين للدائن أو لوكيله إن كان غير محجور . فإن كان محجوراً فلا يصح دفع الدين إليه ، بل يدفع لمن له حق قبضه من ولى أو وصى أو قيم . ٢ — فإن دفع المدين الدين إلى الدائن المحجور ، فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين . بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور ، فللولى أو الوصى أو القيم مطالبة المدين بالدين . (وهذه =

ويخلص من هذا النص أن الأصل فى الوفاء، حتى يكون مبرئاً لذمة المدين، أن يكون للدائن أو لنائبه .

§ ١ - الوفاء للدائن

٤١٣ - الوفاء لمن يكون دائنا وقت استيفاء الدين : الأصل أن يكون الوفاء للدائن كما قدمنا ، لأنه هو الذى له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة المدين منه . وليس من الضرورى أن يكون الدائن هو الذى كان دائناً وقت نشوء الدين، بل المهم أن يكون هو الدائن وقت استيفاء الدين . ذلك أن الدائن قد يتغير فى الفترة ما بين نشوء الدين واستيفائه ، كأن يموت الدائن الأصلى فيكون الوفاء لورثته إذ هم الدائنون وقت الاستيفاء ، أو يحول الدائن الأصلى حقه إلى محال له فيكون الوفاء لهذا الأخير إذ هو الدائن وقت الاستيفاء. فالوفاء إذن يكون للدائن أو خلفه ، عاماً كان هذا الخلف كالورثة ، أو خاصاً كالمحال له(١) .

٤١٤ - أهلية الدائن لاستيفاء الدين : ويجب ، حتى يكون الوفاء للدائن صحيحاً مبرئاً للذمة ، أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين . فاذا كان قاصراً أو محجوراً، لم يجز الوفاء إلا لنائبه، أما الوفاء له شخصياً فلا يكون صحيحاً كما قدمنا . ومع ذلك ينقلب هذا الوفاء صحيحاً إذا أصبح الدائن أهلا للاستيفاء، بأن بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر، وأجاز الوفاء عند صيرورته أهلا . وكذلك إذا أصاب الدائن الذى لا يزال غير أهل للاستيفاء منفعة من الوفاء، فان الوفاء

= الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٨٥ - فقرة ٢٨٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٩٣/١ : يجب التنفيذ بين يدى الدائن أو وكيله الحاصل على تفويض قانونى أو الشخص الذى عينه لهذا الغرض . (وتتفق الأحكام فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٣ .

يكون صحيحاً بقدر هذه المنفعة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المعنى هو المادة ٤٦٨ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين ، فلا يصح الوفاء له ، إلا إذا أجاز هذا الوفاء بعد أن يصبح أهلا لاستيفاء الدين . على أنه إذا أصاب الدائن منفعة من الوفاء، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه المنفعة». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يشترط لصحة الوفاء توافر أهلية الاستيفاء فى الدائن . فاذا لم تتوافر فى الدائن هذه الأهلية، وقع الوفاء له قابلا للبطلان، وكان له وحده أن يتمسك بالبطلان. ولا تبرأ ذمة المدين فى هذه الحالة إلا فى حدود ما يعود على الدائن من منفعة من هذا الوفاء . على أن للدائن أن يجيز الوفاء فى هذه الحالة بعد أن يصبح أهلا لاستيفاء الدين ، فيصحح بهذه الإجازة » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأنها حكم تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة(١) » .

والموفى هو المكلف باثبات أن الوفاء عاد بمنفعة على الدائن غير الأهل للاستيفاء . ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، لأن حصول المنفعة واقعة مادية . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن الدائن قد أنفق ما أخذه فى الشؤون المعتادة، كأن قام باصلاحات ضرورية أو نافعة فى عقار يملكه . كما يكفى أن يثبت أن الدائن قد استغل ما أخذه استغلالا نافعاً ، كأن اشترى عيناً ، فتبرأ ذمة المدين بقدر قيمة هذه العين إذا كانت هذه القيمة أقل مما استوفاه الدائن، أو تبرأ ذمته من الدين كله إذا كانت قيمت العين مساوية للدين المستوفى أو أكثر . وليس من الضرورى أن يبقى النفع الذى عاد على الدائن قائماً ، مادام النفع قد حصل فعلا للدائن . فاذا هلكت العين التى اشتراها أو تهدمت الإصلاحات التى أجراها ، وكان ذلك لا يرجع إلى سوء تدبير منه ، فان ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة بالرغم من زوالها بعد ذلك(٢) .

---

(١) أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ — ص ١٩٣ فى الهامش .

(٢) توليه ٧ فقرة ٤١ — ديمولومب ٢٧ فقرة ١٩٤ — فقرة ١٩٦ — لوران ١٧ فقرة ٤٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٤ .

فاذا لم يعد الوفاء بنفع على الدائن ، بأن أضاع ما أخذ أو بدده أو صرفه فى غير ما يفيد ، فان هذا الوفاء لا يبرىء ذمة المدين ، لأن الوفاء وقد حصل لناقص الأهلية يكون قابلا للإبطال . فاذا أبطل ، اعتبر الوفاء كأن لم يكن وبقى الدين فى ذمة المدين ، وليس هناك نفع عاد من الوفاء على ناقص الأهلية حتى يرجع الموفى به عليه(١) .

وللموفى ، إذا لم يستطع إثبات أن الوفاء قد عاد بالنفع على الدائن ناقص الأهلية ، وكان الشىء الذى دفعه لا يزال قائماً فى يد الدائن ، أن يطالب ولى الدائن باجازة الوفاء أو برد ما دفعه للدائن(٢) .

§ ٢ — الوفاء لنائب الدائن

٤١٨ — الوفاء للولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب : فاذا كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، فقد قدمنا أن الوفاء له شخصياً لا يكون صحيحاً ولا يبرىء ذمة المدين . وإنما يكون الوفاء فى هذه الحالة لنائب الدائن ، وهو هنا الولى أو الوصى للقاصر ، والقيم للمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، والوكيل للغائب المفقود .

والوفاء لأى من هؤلاء يعتبر وفاء صحيحاً مبرئا للذمة ، لأن ولاية على ناقص الأهلية تشمل فيما تشمل قبض الحقوق ، والقبض يعتبر من أعمال الإدارة فليس فى حاجة إلى إذن من المحكمة .

كذلك يجوز لأى من هؤلاء ، إذا لم يحصل الوفاء له مباشرة ، أن يجيز الوفاء الصادر من الموفى ، كما لو وفى المدين الدين لناقص الأهلية نفسه ثم يجيز النائب الوفاء على النحو الذى بسطناه فيما تقدم .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٤ ص ٥٢٩ .

(٢) ديمولومب ٢٧ فقرة ١٩٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٥ — عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٥٤٢ — هيك ٨ فقرة ٢٦ .

٤١٦ — الوفاء للسنديك وللحارس القضائي : والسنديك يعتبر نائباً عن المفلس . فله الصفة فى قبض حقوق المفلس فى ذمة الغير .

وكذلك الحارس القضائى ، بما له من حق فى إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته ، له صفة فى قبض حقوق الموضوع تحت الحراسة فى ذمة الغير .

٤١٧ — الوفاء لدائن الدائن عند استعمال الدعوى غير المباشرة :
ويجوز لدائن الدائن أن يستعمل حقوق الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة ،ويكون فى هذه الحالة نائباً عن الدائن نيابة قانونية (م ٢٣٦ مدنى)، ويحق له بحكم هذه النيابة أن يقبض ما للدائن فى ذمة المدين . على أن ما يقبضه لا يختص به وحده ، بل يتقاسمه مع سائر دائني الدائن قسمة غرماء . وفقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة (١) .

٤١٨ — الوفاء للمحضر : والمحضر الموكول إليه تنفيذ حكم أو سند رسمى يعتبر نائباً عن الدائن فى قبض الدين الذى ينفذ به . فما دام قد وكل صراحة فى مباشرة إجراءات التنفيذ للحصول على هذا الدين ، فقد وكل توكيلا ضمنياً فى قبض هذا الدين نيابة عن الدائن ، فان التنفيذ الجبرى يقتضى قيام الصفة فى قبض الدين (٢) .

٤١٩ — الوفاء لحساب جار باسم الدائن فى مصرف : ويجوز للموفى أن يوفى الدين بدفعه لحساب الدائن فى مصرف يكون له فيه حساب جار ، ويخطره بالإيداع ، على أن يتحمل الموفى تبعة الخطأ إذا هو أودع المبلغ خطأ فى حساب جار لغير الدائن .

---

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف : « وقد يطالب بالوفاء دائن الدائن ، إما باستعمال الدعوى غير المباشرة باسم الدائن ، أو بالحجز تحت يد المدين ، والطريقة الأخيرة هى الأكثر وقوعاً فى العمل » (الموجز فقرة ٥٣٢) .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص٢٢٦ — ص ٢٢٧ وهامش رقم ٦ — كذلك تسليم المحضر سنداً إذنياً أو كمبيالة لعمل البروتستو يتضمن توكيلا ضمنياً للمحضر فى قبض قيمة السند أو الكمبيالة من المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٩ مكررة أولا) .

٤٢٠ — الوفاء لوكيل الدائن : ويجوز الوفاء لوكيل الدائن ، ويكون عادة وكيلا فى قبض الدين ، فيكون قبضه صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين. وقد تكون الوكالة عامة بالإدارة ، فتتضمن قبض الديون (١) . وقد تكون الوكالة خاصة ببيع أو إيجار ، فلا تتضمن حتما وكالة بقبض الثمن أو بقبض الأجرة ، ولكنها تتضمن عادة ، وتبعاً للظروف ، وكالة فى قبض المعجل من الثمن أو المعجل من الأجرة (٢) .

وعلى الموفى أن يتثبت من صحة الوكالة ، فاذا دفع لغير وكيل ، أو لوكيل انتهت وكالته وكان ينبغى أن يعلم بانتهاء الوكالة (٣) ، فان الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرىء ذمة المدين . وللموفى أن يطلب من وكيل الدائن أن يبرز السند الذى يثبت هذه الوكالة . وقد جاء فى المادة ٣٣٢ مدنى ، كما رأينا ، أنه « يعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً » . فوجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن فى يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة ، وذلك ما لم يكن متفقاً بين الدائن والمدين على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً ، فللمدين فى هذه الحالة ألا يفى بالدين إلا للدائن ، ولكنه إذا وفى لمن بيده المخالصة كان الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة (٤) .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٥٠ وإذا كانت الوكالة بالقبض ممضاة بيد الدائن ومصدقاً فيها على الامضاء ، كان الوفاء لهذا الوكيل مبرئاً لذمة المدين ، ولا يكفى أن ينكر الدائن صحة صدور الوكالة منه دون أن يطعن فيها بالتزوير (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥) .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ٥١ — لارومبيير ٤ م ١٢٣٩ فقرة ٧ — ديمولومب ٢٧ فقرة ١٤٨ — فقرة ١٥٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٢ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٨ .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الأصل أن الدائن هو ذو الصفة فى استيفاء الدين ، وله أن ينيب عنه وكيلا فى ذلك ، يكفى فيه التفويض بتوكيل عام . ويتعين على الوكيل فى مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقاً للأحكام العامة فى الوكالة . على أن المشروع قد جعل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية فى ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة ، ما لم تنف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على=

هذا وللدائن أن يعزل الوكيل بالقبض عن الوكالة بشرط أن يخطر المدين بذلك، فلا يكون الوفاء للوكيل المعزول صحيحاً طبقاً للقواعد المقررة فى الوكالة. ولكن يجوز أن تكون الوكالة بالقبض متفقاً عليها بين المدين والدائن فى العقد المنشىء للدين ، فلا يجوز عزل الوكيل فى هذه الحالة إلا باتفاق جديد بين المدين والدائن ، ما لم يثبت الدائن ألا مصلحة للمدين فى الوكالة فعند ذلك يجوز له عزله وحده وإلزام المدين أن يوفى الدين له هو شخصياً أو لوكيل غير الوكيل الأول . وقد يكون الوكيل المعين بالاتفاق بين المدين والدائن له هو نفسه مصلحة فى الوكالة ، كأن يكون دائناً للدائن ويرمى من وراء قبض الدين أن يستوفى حقه ، فعند ذلك لا يجوز عزله ولو باتفاق بين المدين والدائن (١) .

المطلب الثانى

الموفى له غير الدائن

٤٢١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا

= وجوب الوفاء للدائن شخصياً . فإذا اتفق على ذلك ، كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته فى استيفاء الدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٣) .

وكثيراً ما يعطى المالك للبواب مخالصات بالأجرة ، فيتقدم البواب بها إلى السكان ، وتكون له بذلك صفة فى قبض الأجرة (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٤٥ ص ٣٣٤). وقد قضت محكمة الأزبكية بأن البواب الذى يعينه المالك ، ويكلفه بتحصيل الأجرة من السكان يعتبر خادماً عند المالك ، فتبرأ ذمة السكان بدفع الأجرة له (٣ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٩٠ ص ٢٦٠) .

أنظر فى التمييز بين الوكيل بالقبض وعامل التنفيذ (agent d'exécution) دى باج ٣ فقرة ٤٢٤ ص ٤٠٣ — ص ٤٠٤ .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٣ — دى باج ٣ فقرة ٤٢٧ .

أقر الدائن هذا الوفاء ، أو عادت عليه منفعة منه وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته(١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٠ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٢٩٣ (٢) .

ويخلص من هذا النص أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون صحيحاً ولا يبرىء ذمة المدين ، إلا أنه مع ذلك يكون صحيحاً استثناء ويبرىء ذمة المدين فى أحوال ثلاثة ذكرها النص ، ونضيف إليها حالة رابعة وردت فى تقنين المرافعات . وهذه الأحوال الأربع هى :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٥ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٥ — ص ١٩٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٣١ (مطابقة للمادة ٣٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٢٠ (مطابقة للمادة ٣٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٤ : إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى . وقد أغفل التقنين العراقى ذكر صحة الوفاء إذا عادت منفعة على الدائن وبقدر هذه المنفعة ، لأنه لا يعترف بالفضالة ، ولكن يمكن تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب فى هذه الحالة ، وهى قواعد أقرها التقنين العراقى — قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة٢٨٨ وانظر فقرة٢٨٩).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٢٩٣ : على أن التنفيذ لشخص غير ذى صلاحية لا يبرىء ذمة المديون إلا فى الأحوال الآتية : أولا — إذا وافق الدائن . ثانياً — إذا استفاد الدائن من التنفيذ غير الصحيح ، وتكون براءة المديون بقدر استفادة الدائن . ثالثاً — إذا جرى الإيفاء بنية حسنة لشخص عد حائزاً صفة الدائن كالوارث الظاهرى . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى) .

(أولا) إذا أقر الدائن الوفاء .

(ثانياً) إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء ، وبقدر هذه المنفعة .

(ثالثاً) إذا تم الوفاء للدائن الظاهر .

(رابعاً) إذا تم الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين . وهنا لا يتقدم دائن الدائن بصفته نائباً عن الدائن كما يفعل فى الدعوى غير المباشرة ، بل يباشر حقاً شخصياً له هو حق الحجز تحت يد الغير .

٤٢٢ — اقرار الدائن الوفاء : قد يوفى المدين الدين لغير الدائن أو نائبه ، كأن يوفيه لوكيل انتهت وكالته أو عزل عن الوكالة وكان ينبغى على المدين أن يعلم ذلك ، فنى هذه الحالة لا يكون الوفاء صحيحاً ولا يبرىء ذمة المدين ، كما سبق القول . ومع ذلك إذا أقر الدائن الوفاء، فان الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ويصبح الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمة المدين(١) .

و إقرار الدائن للوفاء فى هذه الحالة له أثر رجعى ، فيعتبر الوفاء صحيحاً من وقت أن تم لا من وقت الإقرار فحسب . والمكلف باثبات صدور الإقرار من الدائن هو المدين أو الموفى ، فعليه أن يثبت أن الدائن قد أقر الوفاء وفقاً لقواعد الإثبات المقررة فى التصرفات الصادرة من جانب واحد(٢) .

٤٢٣ — منفعة تعود على الدائن من الوفاء :وقد يوفى المدين الدين لغير الدائن ، ولا يقر الدائن هذا الوفاء . فعند ذلك ينظر إلى عمل الموفى له ، فان توافرت فيه شروط الفضالة ؛ بأن كان قد قبض الدين عن الدائن لإسداء

---

(١) استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢١١ — ذلك أن الوفاء وهو تصرف قانونى ، قبل إقرار الدائن ، لا يسرى فى حقه ، فهو موقوف على الإجازة . وإذا أجيز سرى فى حق الدائن ، وانقلب من قبض الدين وكيلا بالإقرار . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويكون من أثر هذا الإقرار أن ينقلب الغير وكيلا بعد أن بدأ فضـولياً ، ويتعين عليه تقريباً لذلك أن يقدم حساباً للدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦) . قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

(٢) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

خدمة له عاجلة ، ثم أدى الدين له بعد ذلك ، فان الوفاء يكون صحيحاً فى هذه الحالة ، لأن الفضولى يعتبر نائباً عن الدائن ، فالوفاء هنا يكون لنائب الدائن وهو صحيح كما تقدم القول .

ولكن قد لا تتوافر شروط الفضالة فى عمل الموفى له ، بأن يكون قبض الدين ليس عملا عاجلا ، فعند ذلك لا يكون الوفاء صحيحاً ، إلا إذا عادت منفعة على الدائن من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة . ويمكن تصور منفعة تعود على الدائن من مثل هذا الوفاء إذا كان الموفى له أدى الدين فعلا للدائن ، فيكون الدائن قد قبض حقه كاملا ، ولا تعود له مصلحة من التمسك بابطال الوفاء ، فينقلب الوفاء صحيحاً ويبرىء ذمة المدين . كذلك لو كان الموفى له دائناً للدائن وقد قبض الدين استيفاء لحقه فى ذمة الدائن ، وكان هذا الحق واجب الوفاء فوراً ومقدماً على غيره من ديون الدائن ، أو أدى الموفى له بما استوفاه ديناً على الدائن تتوافر فيه هذه الشروط ، فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد دين فى ذمته واجب السداد فوراً ، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة . ذلك أن الدائن إذا رجع على المدين بالدين ، فان المدين يرجع على الموفى له ، والموفى له يرجع على الدائن بقدر ما عاد عليه من المنفعة ، فلا محل لهذه السلسلة من الرجوع ، ويكون الوفاء فى هذه الحالة صحيحاً مبرئاً لذمة المدير بقدر ما عاد على الدائن من المنفعة(١) .

٤٢٤ — الوفاء للدائن الظاهر* : قد يوفى المدير الدين لدائن ظاهر ليس هو الدائن الحقيقى ولا نائبه . والدائن الظاهر هو الذى لا يملك الدين حقيقة ، ولكن الدين يوجد فى حيازته . ذلك أن الحيازة ، كما تشمل الأشياء المادية ، تشمل الحقوق المعنوية ، فتقع على الحقوق العينية غير حق الملكية ، وكذلك تقع على الديون .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٣ ص ١٩٦ .

* مراجع : جونسكو (Jonesco) فى الآثار القانونية للأوضاع الظاهرة رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ — الدكتور عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٦ (غير مطبوعة) .

ويمكن أن نتصور وجود الدائن الظاهر فى فروض مختلفة . من ذلك أن يحول الدائن حقه ، ثم يتضح بعد ذلك أن الحوالة باطلة أو قابلة للأبطال أو الفسخ ، فتبطل أو تفسخ ، ويتبين بذلك أن المحال له لم يكن فى يوم من الأيام مالكا للحق المحال به ولكنه مع ذلك كان يحوزه ، فهو دائن ظاهر(١). كذلك إذا فرضنا أن الحوالة صورية واعتقد المدين أنها حوالة جدية ، فالمحال له الصورى يعتبر هنا أيضا دائناً ظاهراً(٢). ويكون دائناً ظاهراً الشخص الذى وصل إلى حيازته دون حق سند لحامله ، فان مجرد حمل هذا السند يجعل الحامل يظهر بمظهر المالك له فهو دائن ظاهر(٣). ويعتبر دائناً ظاهراً الوارث الظاهر

---

(١) ويكون المحال له فى هذه الحالة دائناً ظاهراً حتى لو لم يكن قد قام بالإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة فى حق المدين ، فمادام المدين وهو حسن النية قد وفاه الدين ، فإن الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة ، حتى بعد إبطال الحوالة أو فسخها . ولكن إذا حول الدائن الحق حوالة ثانية وكانت الحوالة صحيحة ، وأعلن المحال له الثانى الحوالة للمدين ، فإن الوفاء الحاصل للمحال له الأول حتى لو كان سابقاً على الإعلان لا يسرى فى حق المحال له الثانى . ويستوفى المحال له الثانى الدين من المدين ، ويرجع المدين على المحال له الأول لاسترداد ما دفعه له دون حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧) . كذلك إذا قبض الدائن الدين من المدين ، بعد أن حوله وقبل أن يعلن المحال له الحوالة ، كان الوفاء هنا للدائن الحقيقى لا للدائن الظاهر ، ويرجع المحال له على الدائن بدعوى الضمان (دى باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(٢) أما إذا كانت الحوالة مزورة ، فحامل هذه الحوالة لا يعتبر دائناً ظاهراً . ذلك إنه مما يكون محل اعتبار فى الدائن الظاهر أن يكون موقف الدائن الحقيقى منطوياً على شىء من التقصير يؤدى إلى ترك الدائن الظاهر يستولى على حيازة حقه . وهنا لا يمكن أن ينسب أى إهمال للدائن الحقيقى إذا زور شخص عليه حوالة مصطنعة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧ مكررة — دى باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٦ ص٥٤٠ — كذلك من أدرج اسمه من الدائنين فى توزيع وأصبح فى يده أمر صرف واجب التنفيذ ، ولم يكن دائناً حقيقياً ، يعتبر دائناً ظاهراً ، فإذا وفاه الراسى عليه المزاد كان الوفاء صحيحاً مبرئاً الذمة (بونسار فى أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ paiement فقرة ٧٦) — وحامل الكمبيالة ، إذا لم يكن هو الدائن الحقيقى ، يكون الدائن الظاهر . ومادام المدين لم يرتكب تقصيراً ووفاه قيمة الكمبيالة بحسن نية ، فإن الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة . وقد نصت المادة ١٤٤ من التقنين التجارى على أن « من يدفع قيمة الكمبيالة فى ميعاد استحقاق دفعها ، بدون معارضة من أحد فى ذلك ، يعتبر دفعه صحيحاً » (انظر المادة ١٤٥ من التقنين التجارى الفرنسى ، وانظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٨٨) .

فاذا آلت التركة إلى شخص ، ولم يكن هو الوارث الحقيقى بل كان هناك مثلا وارث يحجبه ، فان الوارث الظاهر يعتبر دائناً ظاهراً بجميع ما للتركة من حقوق فى ذمة الغير . وإذا أوصى شخص بدين له فى ذمة آخر ، ووضع الموصى له يده على هـذا الدين بعد موت الموصى ، ثم أبطلت الوصية لسبب ما ، فان الموصى له يكون دائناً ظاهراً بالدين الموصى به(١). وإذا دفعت الإدارة تعويضاً عن نزع الملكية إلى حائز لعقار باعتبار أنه المالك ، ولم يكن فى الحقيقة مالكا ، فقد أوفت بالدين إلى الدائن الظاهر(٢). وقد يعتبر المستحق فى وقف دائنـاً ظاهراً ، فاذا وزعت وزارة الأوقاف ريع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصة التى قررها مفتيها دون أن يصدر أى اعتراض من أصحاب الشأن ، ثم تبين بعد ذلك بحكم شرعى نهائى أن حصة أحـد المستحقين تزيد عما كان يتناوله ، لم يجز له أن يرجع على الوزارة بقيمة الفرق ، لأن هذه القيمة دفعت إلى مستحق آخر كان قبل الحكم الشرعى هو الدائن الظاهر(٣).

ونرى من ذلك أن الدائن الظاهر هو الشخص الذى لا يكون دائناً حقيقياً ، ولكن الدين موجود فى حيازته بحيث يقع فى روع الناس أنه هو الدائن الحقيقى ، فهذا المظهر ، وإن كان يتعارض مع الحقيقة ، قد اطمأنت إليه الناس ، فوجبت حماية من يتعامل بحسن نية على مقتضاه حتى يستقر التعامل (٤) . وليس من الضرورى أن يكون الدائن الظاهر هو نفسه حسن النية ، أى يعتقد أنه الدائن الحقيقى . وإذا كان يغلب فعلا أن يكون حسن النية ، إلا أنه يبقى

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٨ – دى باج ٣ فقرة ٤٣٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٢ .

(٣) استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٦ ص ٧٨١ – والتون ٢ ص ٤٦٣ – الموجز للمؤلف ص ٥٥٨ هامش ٢ .

(٤) ويقول الدكتور عبد الباسـط جميعى : « إن مناط تحقق صفة الدائن الظاهر ينحصر فى قيام مظهر له من الجسامة ما يكفى لتكوين الاعتقاد لدى المدين اليقظ بأن صاحب ذلك المظهر هو الدائن الحقيقى ، أو بعبارة أخرى فى انتفاء الخطأ عن المدين اليقظ فى اعتقاده هذا ، لوجود ظروف يتولد من اجتماعها ذلك المظهر الجسيم » (نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٣٠٢ وانظر أيضاً ص ٢٩٥) – ولذلك يبنى صحة الوفاء للدائن الظاهر على نظرية المظهر أو الأوضاع الظاهرة (ص ٣٠٧ – ص ٣٠٨) .

دائناً ظاهراً حتى لو أصبح سيء النية بعد أن كشف حقيقة أمره ، بل حتى لو كان سيء النية منذ البداية أى منذ وضع يده على الدين . ذلك أن القانون لا يحمى الدائن الظاهر نفسه ، بل هو يحمى الذين تعاملوا معه ما داموا هم حسنى النية(١) .

ويتبين مما تقدم أن الوفاء للدائن الظاهر ، حتى يكون صحيحاً ، يجب أن يقترن بحسن نية الموفى(٢) . فمن وفى الدين ، سواء كان المدين أو الغير (٣) ، لدائن ظاهر ، واعتقد بحسن نية أنه هو الدائن الحقيقى وقد وفاه الدين على هذا الاعتبار ، برئت ذمته بهذا الوفاء (٤) . ويرجع الدائن الحقيقى على الدائن الظاهر بما استوفاه هذا من الدين دون حق طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب (٥) ، بل يستطيع الدائن الحقيقى أن يرجع بتعويض على الدائن الظاهر إذا كان هذا سيء النية وقت استيفاء الدين (٦) .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٩ — دى باج ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤١٤ — ص ٤١٥ .

(٢) وإذا كان الموفى هو نائب المدين ، وجب توافر حسن النية فى كل من المدين ونائبه (الدكتور عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٨٩) . وحسن نية الموفى وكون الدين فى حيازة الدائن الظاهر من المسائل الموضوعية ، يبت فيهما قاضى الموضوع دون تعقيب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤١) .

(٣) وسواء كان الغير ملتزماً بالدين أو غير ملتزم به ، وسواء كان الوفاء بسيطاً أو كان وفاء مع الحلول (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٢)

(٤) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ — استئناف مختلط ٣٠ نوفبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٨١ .

(٥) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٣ .

(٦) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٤٦ ص ٣٢٥ — هذا وقد قضت محكمة النقض بأن من صدر عليه حكم نهائى بدفع ثمن عقار إلى شخص معين ، وأوفى بهذا الثمن بعد صدور الحكم للمحكوم له ، فقد برئت ذمته ، لأنه لا يستطيع عدم الوفاء لهذا الشخص المعين بعد صدور هذا الحكم . ولا يمكن الادعاء ببطلان هذا الوفاء لانتفاء حسن نيته فيه بعلة وجود منازع آخر ينازع فى هذا العقار ويدعى ملكه لنفسه ، خصوصاً إذا كان هذا المنازع قد حاول الدخول فى الدعوى فمنعته المحكمة بناء على طلب من صدر له الحكم النهائى (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٧ ص ٤٣٨) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن قيام المستأجر بالوفاء إلى من صدر الحكم الاستئنافى لصالحهم صحيح رغم اختصامه فى الطعن بالنقض ، لأن هذا الطعن لا يوقف =

والذى يكون صحيحاً مبرئاً للذمة هو الوفاء للدائن الظاهر ، للاعتبارات العملية التى تقدم ذكرها . أما غير الوفاء من أسباب انقضاء الالتزام فلا يكون صحيحاً إذا صدر من الدائن الظاهر . ومن ثم إذا أبرأ الدائن الظاهر المدين من الدين ، أو اتفق معه على تجديده ، فان كلا من الإبراء والتجديد لا يكون صحيحاً ، ولا يسرى فى حق الدائن الحقيقى (١) .

٤٢٥ — الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين : لا يعنينا من موضوع حجز ما للمدين لدى الغير — وهو من مباحث المرافعات — إلا القدر الذى نبين به متى يكون الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة . ذلك أنه يجوز لدائن الدائن أن يحجز تحت يد المدين ، فيمنع المدين بذلك من أن يوفى الدين للدائن ، بل ويجبره بعد إجراءات معينة على أن يوفى الدين له هو ويكون هذا الوفاء صحيحاً مبرئا لذمة المدين .

فيجوز إذن لدائن الدائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز تحت يد مدين الدائن، سواء كان بيد دائن الدائن سند تنفيذى أو لم يكن بيده هذا السند . فاذا لم يكن بيده سند تنفيذى ، أو كان دينه غير معين المقدار ، وجب أن يحصل على أمر بالحجز من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التابع لها الدائن المحجوز عليه ، ويقدر أمر الحجز دين الحاجز تقديراً موقتاً (أنظر المادتين ٥٤٣ و٥٤٥ من تقنين المرافعات) .

ومنذ يوقع الحجز تحت يد مدين الدائن على النحو المتقدم الذكر ، لا يستطيع هذا المدين أن يوفى الدين للدائن أو نائبه (٢) ، ولكنه يستطيع الوفاء بالإيداع

= نفاذ الحكم الاستئنافى (استئناف أسيوط ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٣٦) — وقد يكون المالك الظاهر دائناً ظاهراً بحكم ملكيته الظاهرة ، كالحائز للعين المؤجرة يقبض أجرتها ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة مستوفية للشروط اللازمة للتقادم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٦ ص ٥٥٧ — ص ٥٥٨ .

(١) هيك ٨ فقرة ٢٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٠ — عكس ذلك بالنسبة إلى التجديد : ديمولومب ٢٨ فقرة ١٨٨ .

(٢) وإذا وفى للدائن أو نائبه ، كان الوفاء باطلا ، ولم تبرأ ذمته من الدين . ويكون للدائن الحاجز أن يستوفى الدين مرة أخرى من المدين ، وتبقى الضمانات التى تكفل الدين من رهن أو امتياز أو غير ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٣ ص ٥٤٥) .

فى خزانة المحكمة التى يتبعها(١) (م ٥٥٥/ ٢ مرافعات) .

فاذا لم يودع المدين المحجوز لديه ما فى ذمته فى خزانة المحكمة ، وجب عليه خلال خمسة عشر يوماً من إعلانه بالحجز التقرير بما فى ذمته للدائن فى قلم كتاب المحكمة التى يتبعها(٢) (م ٥٤٨ مرافعات) .

وفى الأحوال التى يكون فيها الحجز بأمر من قاضى الأمور الوقتية — أى إذا لم يكن بيد الحاجز سند تنفيذى أو كان حقه غير معين المقدار — يجب أن تشتمل ورقة إبلاغ الحجز أو إعلانه إلى المحجوز عليه على تكليفه الحضور أمام المحكمة التى يتبعها لسماع الحكم عليه بثبوت الدين المحجوز من أجله وصحة إجراءات الحجز ، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن (م ٥٥٣/ ١ مرافعات) .

ومتى كان لدى دائن الدائن سند تنفيذى ، أو حصل على هذا السند عقب الحكم بصحة الحجز ، فان المدين المحجوز لديه يجب عليه أن يوفى الدين ، لا إلى دائنه المحجوز عليه ، بل إلى دائن الدائن الحاجز(٣) . وتنص المادة ٥٦٧ مرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى : « يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به أو ما يفى منه بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذى وكانت الإجراءات

---

(١) وقد يكن للمدين من الوفاء بطريق الإيداع ، فى خزانة المحكمة ، لاحتمال أن تكون له مصلحة فى ذلك ، بأن يكون الدين قد حل و يريد الوفاء به حتى يتخلص من الفوائد ، وهو لا يستطيع الوفاء به للدائن بسبب الحجز ، ولا لدائن الدائن لأن إجراءات التقرير بما فى الذمة لم تستوف ولاحتمال ألا يكون دائن الدائن قد حصل بعد على سند تنفيذى بحقه (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٥ ص ٦٢٠ — ص ٦٢١) .

(٢) ويذكر فى التقرير مقدار الدين الذى فى ذمته للدائن المحجوز عليه وسببه وأسباب انقضائه إن كان قد انقضى ، ويبين جميع الحجوز الموقعة تحت يده ، ويودع الأوراق المؤيدة لتقريره أو صوراً منها مصدقاً عليها (م ٥٦١/ ١ مرفعات) . هذا والحجز تحت يد مدين الدائن يتناول كل دين ينشأ للدائن المحجوز عليه فى ذمة المدين المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما فى ذمته ، ما لم يكن الحجز موقعاً على دين بعينه فقط (م ٥٦٣ مرفعات) .

(٣) فإذا دفع إلى دائنه ، لم يستطع أن يسترد منه ما دفعه بدعوى استرداد غير المستحق ، لأن دائنه لا يزال دائناً بالرغم من الحجز ، وقد قبض المستحق . ولكن عندما يجبر المدين على الدفع ثانية إلى دائن الدائن ، فإنه يكون قد أبرأ بهذا الدفع ذمة دائنه نحو دائن دائنه ، فيستطيع عندئذ أن يرجع على دائنه بدعوى الإثراء بلا سبب (دى باج ٣ فقرة ٤٤٣) .

المنصوص عليها فى المادة ٤٧٤ قد روعيت . فاذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول . وإذا تعدد الحاجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً ، وجب على المحجوز لديه إيداعه خزانة المحكمة لتقسيمه » .

على أن الدائن يستطيع ، دون أن ينتظر الانتهاء من إجراءات الحجز الطويلة ، إذا كان الحق الذى له فى ذمة مدينه أكبر من الحق الذى فى ذمته لدائنه الحاجز ، أن يخصص لذمة الدائن الحاجز مبلغاً مساوياً لحقه ، فيتمكن بذلك أن يستوفى الباقى من مدينه . وقد رسم تقنين المرافعات طريقين لذلك . فنص فى المادة ٥٥٩ على أنه « إذا أودع فى خزانة المحكمة مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله وخصص للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم له بثبوته ، زال قيد الحجز عن المحجوز لديه . وإذا وقعت حجوز جديدة على المبلغ المودع ، فلا يكون لها أثر فى حق الحاجز » . ثم نص فى المادة ٥٦٠ على أنه « يجوز للمحجوز عليه أيضاً أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة ، فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، تقرير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز . وينتهى أثر الحجز بالنسبة إلى المحجوز لديه من وقت تنفيذ هذا الحكم بالإيداع ، ويصبح المبلغ المودع مخصصاً للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم له بثبوته» . والنص الأخير مستحدث فى تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذ عن تشريع فرنسى فى هذا المعنى صادر فى ١٧ من يوليه سنة ١٩٠٧ معدلا للمادة ٥٦٧ من تقنين المرافعات الفرنسى . وهو يعالج حالة ما إذا امتنع المدين المحجوز لديه عن إيداع مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله فى خزانة المحكمة وفقاً للمادة ٥٥٩ مرافعات ، معطلا بذلك حق الدائن المحجوز عليه من استيفاء الباقى له فى ذمة مدينه بعد استنزال الدين المحجوز من أجله ، فيتمكن الدائن المحجوز عليه من إجبار مدينه على هذا الإيداع من طريق الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة (١) .

---

(١) أما إذا لم يودع خزانة المحكمة مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله ، عن أحد الطريقين المتقدم ذكرهما ، فإن جميع الدين المحجوز عليه تحت يد المدين يبقى معطلا لا يستطيع الدائن المحجوز عليه أن يستوفى منه شيئاً ، مهما كانت قيمته أكبر من قيمة الدين المحجوز من أجله . —

فاذا لم يخصص مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله للوفاء بمطلوب الدائن الحاجز ، بقى كل الدين محجوزاً تحت يد المدين المحجوز لديه . والذين يفيدون من هذا الحجز هم دائنو الدائن الذين وقعوا الحجز تحت يد مدين الدائن . فاذا تصرف الدائن فيما بقى من حقه بعد استنزال المطلوب لهؤلاء ، نفذ تصرفه فى حق دائنيه الآخرين إذا جاء حجزهم لاحقاً لنفاذ هذا التصرف (١) . أما الدائنون الحاجزون قبل نفاذ التصرف فيتعادلون فيما بينهم ، ولا يتقدم واحد منهم على الآخرين حتى لو كان حجزه هو المتقدم (٢) .

والحكم بصحة الحجز هو وحده الذى يخصص للحاجز حقه ، ويقدمه على سائر الحاجزين الذين لم يوقعوا حجوزهم إلا بعد إعلان الحكم بصحة الحجز إلى المدين (٣) .

المبحث الثانى

الوفاء بارادة الموفى وحده

(العرض الحقيقى والإيداع)

٤٢٦ – متى يجوز للمدين العرض الحقيقى والايداع – النصوص القانونية :

تنص المادة ٣٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ،

= ذلك أن مجرد الحجز على الدين تحت يد المدين لا ينقل الدين إلى دائن الدائن الحاجز ، بل لا يجعل لهذا الدائن أى امتياز عليه ، فيستطيع سائر دائنى الدائن المحجوز عليه أن يشاركوه شركة الغرماء . فما لم يخصص جزء من الدين المحجوز عليه للوفاء بمطلوب دائن الدائن الحاجز ، وجب أن يبقى كل الدين للوفاء بمطلوبه وبمطلوب من يشاركه من الدائنين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٦) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٦ ص ٦٢٢ – ص ٦٢٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٧ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٨ .

أو رفض القيام بالأعمال التى لايتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمى » .

وتنص المادة ٣٣٨ على ما يأتى :

« يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزاً أيضاً إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الأجراء »(١).

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها دون نص .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٣٢ و٣٣٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٢١ و ٣٢٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٨٥ و ٣٨٨ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٢٩٤(٢).

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٣٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقتصر فى تسجيل رفض الدائن على الكتابة دون ضرورة لإعلان رسمى . وفى لجنة المراجعة أقر نص المشروع التمهيدى تحت رقم ٣٤٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « بإعلان رسمى » بكلمة « بالكتابة » حسما للمنازعات ، وأصبحت المادة رقمها ٣٣٤ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٩٧ — ص١٩٩).

م ٣٣٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٠ فى المشروع النهائى . م وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ — ص ٢٠٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٣٢ و ٣٣٦ (مطابقتان للمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

ويخلص من هذه النصوص أن للمدين الوفاء بارادته المنفردة عن طريق عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن ثم إيداعه بعد ذلك ، أو عن طريق إيداعه مباشرة دون عرض ، فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء أو قام بعمل يعدل هذا الرفض ، وهنا يجب العرض أولا فاذا رفضه الدائن وجب الإيداع . (٢) إذا تعذر على المدين الوفاء للدائن لسبب جدى ، وهنا لا محل للعرض الحقيقى بل يتم الإيداع مباشرة دون عرض .

٤٢٧ — رفض الدائن قبول الوفاء : يجد المدين نفسه مضطراً إلى الوفاء بدينه بارادته المنفردة ، وذلك باتخاذ إجراءات العرض والإيداع ، إذا هو اصطدم برفض الدائن لاستيفاء دينه دون مبرر ، أو إذا قام الدائن بعمل مماثل لهذا الرفض .

والدائن يرفض استيفاء الدين إذا هو اعتقد أن المدين لا يوفيه له كاملا أو لا يوفيه له وفاء صحيحاً أو نحو ذلك ويعتقد المدين أنه يقوم بوفاء صحيح ، فأمام هذا الخلاف لا يجد المدين بداً من عرض الدين و إيداعه . وقد يكون الدائن

— التقنين المدنى الليبى م ٣٢١ و ٣٢٥ (مطابقتان للمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٥ : ١ — إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه فى مدة مناسبة يحددها الإعذار. ٢ — ولا يتم إعذار الدائن إلا إذا أودع المدين الشىء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنذره بهذا الإيداع . (ويختلف هذا النص فى الحكم عن نص التقنين المصرى فى أن إعذار الدائن وما يترتب عليه من النتائج لا يتم فى التقنين العراقى إلا بعد الإيداع ، أما فى التقنين المصرى فيتم بمجرد تسجيل رفض الدائن قبول الوفاء بإعلان رسمى ولو قبل العرض الحقيقى والإيداع : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٠٢ — فقرة ٣٠٦) .

م ٣٨٦ (مطابقة للمادة ٣٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٢٩٤ : إن الدائن الذى يرفض لغير سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول يعد من جراء ذلك فى حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمى . (وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص المادة ٣٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

متعنتاً فى رفضه لاستيفاء الدين ، فهنا أيضاً ، ومن باب أولى ، يحق للمدين أن يعرض الدين ويودعه(١) .

ويماثل رفض الدائن لاستيفاء الدين أن يقتضى الوفاء تدخل الدائن فيمتنع عن ذلك ، كما لو كان الدين واجب الوفاء فى موطن المدين وأبى الدائن أن يسعى إليه فى هذا الموطن .

وقد يسبق الدائن الحوادث فيعلن ، قبل أن يعرض المدين الوفاء ، أنه لن يقبله إذا عرض عليه ، فعندئذ يحق للمدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً ثم يودعه(٢).

٤٢٨ — *تعذر الوفاء للدائن* : وقد يجد المدين نفسه فى حالة يتعذر معها أن يوفى دينه للدائن مباشرة ، ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

أولا — إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه . مثل ذلك أن يكون الدائن الأصلى قد مات عن ورثة انتقل إليهم الدين ، ولكن المدين يجهل من هم هؤلاء الورثة أو أين موطنهم ، وقد حل الدين ويريد المدين أن يتخلص منه بالوفاء ، فلا يعرف لمن يوفيه . عند ذلك لا يسعه إلا أن يودع الدين على ذمة صاحبه ، دون عرض حقيقى أو إعذار ، إذ يجهل من هو الدائن الذى يعرض عليه الدين أو أين هو(٣) .

---

(١) ويعتبر تعنتاً من الدائن أن يرفض الوفاء لتأخر المدين قليلا عن دفع ثمن الأرض التى اشتراها ، أملا فى فسخ البيع بعد أن ارتفعت قيمة الأرض (استئناف مختلط ٩ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « ويسجل الإعذار على الدائن رفض الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً دون مبرر ، أو امتناعه عن القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها كامتناع المشترى عن التصديق على امضائه لإجراء تسجيل عقد البيع ، أو تصريحه بأنه لا يقبل الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ — وقد يعرف المدين ورثة الدائن ، ولكن هؤلاء الورثة لا يتفقون جميعاً على شطب الرهن (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٥) .

ثانياً — إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ، ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء .وقد يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها منذ نشوء الدين ويبقى على هذا الوضع إلى أن يحل ، فلا يجد المدين بدا من إيداع الدين على ذمة هذا الدائن دون أن يعرضه عليه عرضاً حقيقيا ، إذ ليست للدائن أهلية الاستيفاء . وقد يجد المدين نفسه ، بعد أن كان دائنه كامل الأهليـة ثم مات عن وارث قاصر ، أمام هذا الوارث وليس له نائب يقبل عنه الوفاء ، فيضطر أيضاً في هذه الحالة إلى إيداع الدين على ذمته .

ثالثاً — إذا كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص . وهنا أيضاً لا يجد المدين من الحكمة أن يحمل التبعة في حسم هذا النزاع فيوفى الدين لمن يعتقد أنه على حق من المتنازعين ، وإلا كان مسئولا عما قد يقع فيه من الخطأ . فلا يجد بداً من إيداع الدين على ذمة أي من المتنازعين يكون هو الدائن الحقيقي ، دون أن يسبق هذا الإيداع عرض للدين . ومثل التنازع على الدين أن يستوفى الدائن حقه من الغير فيحل الغير محله فيه ، ويحول في الوقت ذاته هـذا الحق لمحال له يعلن الحوالة للمدين ، فيتنازع الدين الموفى والمحـال له كل منهما يدعى أنه الأولى بالدين(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يموت الدائن ، فيتنازع الدين الوارث والموصى له بالدين إذ يطعن الوارث في الوصية بالبطلان .

رابعاً — إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء . فمتى قام سبب جـدى يمنع المدين من عرض الدين على الدائن وهو مع ذلك يريد الوفاء به ، فليس أمامه إلا أن يودعه على ذمة الدائن . مثل ذلك أن يريد المشترى الوفاء بالثمن للبائع ، ولـكن البائع يمتنع عن القيام بما يجب للتصديق على إمضائه في عقد البيع ، فلا يجد المشترى بداً من إيداع الثمن على ذمة البـائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإمضاء ، ثم يعمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع . ومثل ذلك أيضاً أن يريد المدين الوفاء بدين لغير الدائن حق فيه ،

---

(١) أما إذا كان كل من المتنازعين في الدين محالا له ، وسبق أحدهما الآخر في إعلان الحوالة للمدين ، فالأولى منهما بداهة هو من سبق إلى هذا الإعلان ، ولا يحق للمدين في هذه الحالة أن يمتنع عن الوفاء له بالدين مكتفياً بالإيداع ، إذ النزاع هنا غير جدى لوضوح حق السابق .

ولا يستطيع المدين أن يحصل على مخالصة من هذا الغير ، فلا يسعه في هذه الحالة إلا أن يودع الدين(١) .

وفي هذه الفروض المتقدمة التي يتعذر فيها على المدين الوفاء للدائن ، ليس على المدين إلا أن يودع الدين ، دون حاجة إلى عرض حقيقي كما قدمنا ، فتبرأ ذمته من الدين(٢) .

وإذ فرغنا من بيان الأحوال التي يجوز فيها للمدين إيداع الدين بعد عرض حقيقي أو دون عرض ، يبقى أن نبحث مسألتين : (١) إجراءات العرض الحقيقي والإيداع (٢) ما يترتب على القيام بهذه الإجراءات من الآثار(٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٨ – وأنظر في هذه الفروض الأربعة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ .

(٢) أما في الفروض التي يرفض فيها الدين استيفاء الدين أو التي يقوم فيها بعمل مماثل ، فلابد أن يسبق الإيداع عرض حقيقي للدين كما قدمنا . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد إرسال خطاب موصى عليه من المدين للدائن يقول عنه المدين أنه كان به حوالة بريد بمبلغ الدين ، ويقول الدائن إنه حين لم يقبل تسلمه لم يكن يعلم بما احتواه – ذلك ، حتى مع صحة قول المدين ، لا يعتبر طريق وفاء قانونية ، وخصوصاً إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم باحتواء الخطاب لهذا المبلغ . ولقد كان من الواجب على المدين لكي تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً (نقض مدني ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من أراد أن يخلي عقاراً هو ملزم بتخليته ، يجب عليه أن يعرض التخلية عرضاً حقيقياً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٦) . وقضت أيضاً بأن المدين الذي يعلن أنه يريد الوفاء ، ولا يقرن هذا الإعلان بإجراءات العرض الحقيقي ، يكون ملزماً بالفوائد حتى يتم العرض (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٢٠) ، ويحكم عليه بالمصروفات (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٢) .

(٣) وطريقة العرض الحقيقي والإيداع ، التي سار عليها التقنين المدني وتقنين المرافعات فيما يستخلص من مجموع نصوصهما ، هي الطريقة المتبعة في القوانين اللاتينية . أما التقنين الألماني (م ٢٩٣ – ٤ ...) فيتبع طريقة أبسط ، إذ اكتفى بمجرد إعذار الدائن (أنظر في المقابلة ما بين الطريقتين كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ٢ فقرة ٤٩٩ – دي باج ٣ فقرة ٤٩٣) . على أن التقنين المدني الجديد ، كما سنرى ، أخذ عن التقنين المدني الألماني بعض أحكامه فيما رتبه من النتائج على إعذار الدائن .

المطلب الأول

إجراءات العرض الحقيق والإيداع

٤٢٩ — وجوب التنسيق بين نصوص التقنين المدنى ونصوص تقنين المرافعات : تضمن التقنين المدنى طائفة من النصوص فى خصوص العرض الحقيقى والإيداع ، وأحال فى بقية المسائل على تقنين المرافعات . ولكن تقنين المرافعات لم تنسق نصوصه مع نصوص التقنين المدنى ، ويبدو لأول وهلة أن هناك شيئاً من التنافر بين هاتين الطائفتين من النصوص . فلا بد إذن من التوفيق ما بين التقنينين ، وإعمال نصوص كل منهما بحيث لايتعارض ذلك مع إعمال نصوص التقنين الآخر .

٤٣٠ — مراحل ثلاث : ويبدو – للتوفيق ما بين التقنينين – أن هناك مراحل ثلاثا :

(المرحلة الأولى) مرحلة إعذار الدائن ، وما يترتب على هذا الإعذار من نتائج قانونية . وهذه المرحلة انفرد بذكرها التقنين المدنى .

(المرحلة الثانية) مرحلة عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن . وهى مرحلة انفرد برسم إجراءاتها تقنين المرافعات .

(المرحلة الثالثة) مرحلة إيداع الدين على ذمة الدائن . وهذه مرحلة اشترك فى رسم إجراءاتها كل من التقنين المدنى وتقنين المرافعات .

٤٣١ — (أ) مرحلة إعذار الدائن : يبدأ المدين بعرض الوفاء على الدائن عرضاً فعلياً صحيحاً . والعرض الصحيح هو أن يعرض المدين الوفاء طبقاً للقواعد القانونية المقررة فى شأنه . فيعرض المدين كل الدين وملحقاته غير منقوصة ، ويعرضه فى وقت حلوله ، وفى مكان الوفاء . ويكون المدين أهلا لوفاء الدين

ويكون الدائن أهلا لاستيفائه (١) . وليس من الضروري أن يكون هذا العرض الفعلي على يد محضر ، فتدخل المحضر إنما يكون عند إعذار الدائن وعند العرض الحقيقي للدين . ويكفي أن يبدي استعداده ، إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، لوفاء الدين للدائن . ويتم ذلك بأية طريقة تفي بهذا الغرض ، فيصح أن يتم بالكتابة لتيسير الإثبات ؛ ويحسن أن تكون الكتابة مسجلة موصى عليها حتى لا يقع نزاع في تسلمها .

فاذا رفض الدائن قبول الوفاء على هذا الوجه ، فعلى المدين عندئذ أن يسجل على الدائن رفضه باعلان رسمي على يد محضر (٢) . ويعتبر هذا الإعلان إعذاراً للدائن برفضه للوفاء .

٤٣٢ — ما يترتب على إعذار الدائن من النتائج — النصوص القانونية : ويترتب على إعذار الدائن على الوجه المتقدم الذكر نتائج خطيرة ، كانت تترتب في عهد التقنين المدني السابق على العرض الحقيقي والإيداع ، وقد رتبها التقنين المدني الجديد على مرحلة سابقة للعرض والإيداع ، هي مرحلة إعذار الدائن . فنصت المادة ٣٣٥ من هذا التقنين على ما يأتي :

« إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر (٣) .

(١) انظر المادة ١٢٥٨ من التقنين المدني الفرنسي وما ورد في شأنها في بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٩٧ — فقرة ١٦١١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٨ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يكتفي في هذا الإعذار بمجرد الكتابة ، كما كان يكتفي بمجرد الكتابة أيضاً في إعذار المدين . ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت النصوص فجعلت الإعذار ، سواء بالنسبة إلى المدين أو بالنسبة إلى الدائن ، بإعلان رسمي على يد محضر (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ — وانظر تاريخ نص المادة ٣٣٤ آنفاً فقرة ٤٢٦ في الهامش) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٧ في المشروع النهائي ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٩ — ص ٢٠١) .

ويتبين من هذا النص أن النتائج التي يرتبها القانون على إعذار المدين للدائن هي ما يأتي :

أولا — يتحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، وذلك فيما إذا كان الهلاك أو التلف مما يحمل المدين تبعته قبل إعذار الدائن . مثل ذلك أن يعرض البائع تسليم المبيع على المشترى عرضاً صحيحاً تتوافر فيه الشروط التي قدمناها ، فيأبى المشترى تسلم المبيع دون مبرر . عند ذلك يسجل البائع رفض المشترى لتسلم المبيع المبيع عن طريق إعلان رسمي على يد محضر . ومنذ وصول هذا الإعلان للمشترى يصبح هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع أو تلفه ، وكان الذي يتحمل هذه التبعة قبل الإعلان هو البائع لا المشترى . وقد نصت المادة ٤٣٧ مدنى على هذا الحكم صراحة ، فقضت بأنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع » .

ثانياً — يقف سريان الفوائد فيما إذا كان الدين نقوداً تنتج فوائد ، سواء

= ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن المادة ١٧٤/٢٣٧ من هذا التقنين كانت ترتب للمدين حقاً في التعويض إذا امتنع الدائن عن قبول الوفاء ، وكان النص يجرى على الوجه الآتي : « لا تبرأ ذمة من تعهد بعمل شيء بمجرد عرضه على المتعهد له أنه مستعد لعمله ، إنما له عند امتناع المتعهد له عن قبول العمل وقت العرض أن يطالبه بتعويض الضرر المترتب على امتناعه » .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٣ (وهي مطابقة للمادة ٣٣٥ من التقنين المدني المصرى) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٢ (وهي مطابقة للمادة ٣٣٥ من التقنين المدني المصرى) — ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي ، وقد قدمنا أن التقنين العراقي لا يجعل الدائن معذراً إلا بإيداع المدين الشيء على ذمة الدائن : انظر المادة ٣٨٥ مدنى عراقي — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٤ ، وتجرى على الوجه الآتي : « إن الدائن الذي يرفض لغير سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول يعد من جراء ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمي — ومن ذلك الحين يصبح خطر هلاك الشيء أو تعيبه على عهدة هذا الدائن ، وينقطع حكم الفائدة عن الدين . وعلاوة على ذلك يحق عندئذ للمديون إيداع موضوع الموجب وتحميل الدائن عبء النفقة والمخاطر ، وتبرأ ذمته على هذا الوجه من الموجب » . ويتفق هذا الحكم مع الحكم الوارد في المادة ٣٣٥ من التقنين المدني المصرى .

كانت هذه الفوائد اتفاقية أو قانونية(١) . ولا حاجة، في وقف سريان الفوائد، للعرض الحقيقي والإيداع ، بل يكفي إعذار الدائن على الوجه المتقدم الذكر . ووجه هذا الحكم ظاهر ، إذ المفروض أن الدائن يرفض استيفاء الدين دون مبرر ، والمدين يعرض الوفاء حتى يتخلص من الدين وفوائده ، فالدائن هو المتعنت ويكون من العدل وقف سريان الفوائد .

ثالثاً — جواز عرض المدين للدين على الدائن عرضاً حقيقياً وإيداعه إياه بعد ذلك على نفقة الدائن . ونص المادة ٣٣٥ من التقنين المدني يقول في هذا الصدد : «وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن» ، فلا يتكلم عن العرض الحقيقي ، وكأن التقنين المدني قد استعاض عن العرض الحقيقي بالإعذار . ولكن تقنين المرافعات نص في المادة ٧٨٦ على أن « للمدين إذا أراد تبرئة ذمته مما هو مقربه ، نقداً كان أو غيره ، أن يعرضه فعلياً على دائنه على يدمحضر» . وهذا هو العرض الحقيقي الذي لابد أن يسبق الإيداع . ثم إن التقنين المدني نفسه يشير إشارة عارضة إلى العرض الحقيقي والإيداع، ويحيل في الإيداع على تقنين المرافعات ، فيقول في المادة ٣٣٩ : « يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ... » وكذلك تشير المادة ٣٤٠ في فقرتيها إلى العرض (٢) .

من أجل ذلك نرى — للتوفيق بين التقنين المدني وتقنين المرافعات — أن تجعل مرحلة إعذار الدائن سابقة على مرحلة العرض الحقيقي ، دون أن تغني عنها .

ولكننا نرى ، من جهة أخرى ، أن المدين يستطيع أن يستغني عن مرحلة الإعذار ، وأن يقوم مباشرة بالعرض الحقيقي وفقا للقواعد المقررة في تقنين

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤٨ .

(٢) ومن ذلك أيضا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص النتائج التي تترتب على إعذار الدائن ، أن من بين هذه النتائج « تخويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي وإتباع هذا العرض بالإيداع على نفقة الدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) ، وهذا صريح في أن الإعذار يليه عرض حقيقي ، ثم يلي العرض الحقيقي الإيداع . فتنسجم بذلك نصوص التقنين المدني مع نصوص تقنين المرافعات .

المرافعات . غير أن النتائج التي كانت تترتب على الإعذار والتي بسطناها فيما تقدم ، تتأخر في هذه الحالة إلى حين العرض الحقيقي .

على أن الإعذار ، إلى جانب أنه يعجل بالنتائج التي تترتب عليه ، يكون دليلا قاطعاً على أن الدائن قد رفض استيفاء الدين ، فتكون نفقات العرض الحقيقي ثم نفقات الإيداع في هذه الحالة على الدائن ، كما تقول المادة ٣٣٥ مدني فيما قدمناه .

رابعاً — مطالبة المدين للدائن بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء امتناع الدائن دون مبرر عن استيفاء الدين . فالى جانب تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء ، وإلى جانب وقف سريان الفوائد وتحميل الدائن نفقات العرض الحقيقي والإيداع ، قد يصيب المدين ضرر آخر ، كأن يكون محل الدين عيناً معينة بالذات ، ويمتنع الدائن دون مبرر عن تسلمها فتبقى شاغلة للمكان الذي هي فيه مدة طويلة . فيكون للمدين في هذه الحالة أن يطالب الدائن بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، ويتمثل هذا التعويض عادة في أجرة هذا المكان طول المدة التي شغلته فيها العين دون مبرر(١) .

٤٣٣ — (ب) مرحلة العرض الحقيقي : وتلي مرحلة إعذار الدائن مرحلة العرض الحقيقي كما قدمنا . وتقنين المرافعات هو الذي تكفل برسم إجراءات هذه المرحلة على الوجه الآتي :

إذا كان الشيء محل الدين نقوداً أو شيئاً آخر مما يمكن تسليمه للدائن في موطنه ، فعلى المدين أن يعرضه عرضاً فعلياً على الدائن في موطنه على يد محضر (م ٧٨٦ مرافعات)(٢) . أما ما لا يمكن تسليمه للدائن في موطنه ، كالعقارات

---

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٢ ص ٣٠٦ — انظر في كل ما تقدم المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ .

(٢) وإذا كان الدين نقودا ، وجب عرض جميع المبالغ المستحقة والفوائد والمصروفات التي صفيت ومبلغ إجمالي لحساب المصروفات التي لم تصف ، ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من ذلك ، إلا إذا كان الفرق ضئيلا ويرجع إلى تعذر تحديد المبالغ المستحقة على وجه الدقة أو إلى مجرد خطأ في الحساب (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٢) .

أو المنقولات التى لا يتيسر نقلها إلا بمشقة ومؤونة ، فيحصل عرضها عرضاً حقيقيًّا على الدائن بمجرد تكليفه على يد محضر (٧٨٧ مرافعات). ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكليف على بيان جنس النقود وعددها وبيان الشيء المعروض بياناً دقيقاً وعلى شروط العرض وذكر قبول المعروض أو رفضه (م ٧٨٨ مرافعات).

وقد نصت المادة ٧٩٢ من تقنين المرافعات على نوع خاص من العرض الحقيقى باجراءات مختصرة ، هو العرض حال المرافعة أمام المحكمة . فقضت بأنه « يجوز العرض الفعلى حال المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من يوجه إليه العرض حاضراً . وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة ، ويذكر فى محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة من تقريرات الخصوم خاصاً بالعرض ورفضه . وإذا كان المعروض فى الجلسة من غير النقود ، تعين على العارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه لحفظه كما ذكر ، ولا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس . وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض ».

هذا وإذا قبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك فى محضره ، وقبض الدائن الدين من يد المحضر . وبذلك يتم الوفاء له بالدين . وكان عليه هو مصروفات العرض(١) ، إلا إذا تبين أنه لم يكن المتسبب فى هذه الإجراءات وأن المدين كان متسرعاً فى الالتجاء إليها . وإن لم يقبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك فى محضره ، وانتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإيداع(٢)

---

(١) ولكن لا يجوز للمدين أن يستنزل مقدما من المبالغ المعروضة مصروفات العرض ، فإن هذه المصروفات لا تكون على الدائن إلا إذا كان العرض صحيحاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥).

(٢) ولا بد ، كما قدمنا ، من العرض الحقيقى قبل الإيداع ، وإلا فالإيداع وحده لا يكون مبرئاً للذمة (استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ — ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩) ، وذلك ما لم يكن العرض الحقيقى متعذراً كأن كان المدين يجهل ورثة الدائن على وجه التحقيق (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٤٣٤ — (جـ) مرحلة الإيداع — نصوص قانونية : تكفل تقنين المرافعات أيضاً برسم إجراءات هذه المرحلة ، وجاء فى التقنين المدنى بعض نصوص فى خصوصها . وتتلخص أحكام مرحلة الإيداع ، كما وردت فى نصوص التقنينين ، فيما يأتى :

المعروض إما أن يكون نقوداً أو غير نقود .

فان كان من النقود ، ورفض الدائن العرض ، قام المحضر بايداع هذه النقود خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ محضر العرض على الأكثر . وعلى المدين إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع(١) فى ظرف ثلاثة أيام من تاريخه (٧٨٩ مرافعات) .

وإن كان المعروض من غير النقود ، ورفض الدائن العرض ، جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه فى المكان الذى يعينه (م ٧٩٠ مرافعات) .

وقد ورد فى التقنين المدنى فى هذا الخصوص نصان يكملان نصوص تقنين المرافعات .

فنصت المادة ٣٣٦ مدنى على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين ، بعد أن ينذر الدائن بتسلمه ، أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه . فاذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة(٢) » . وهذا النص ، للتوفيق بينه وبين المادة ٧٩٠ مرافعات ،

---

(١) والعبرة فيما إذا كان الإيداع قد تم مع التخصيص (dépôt effectué avec affectation spéciale) ، بمحضر الإيداع لا بمحضر العرض (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٨ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠١ — ص ٢٠٢) .

—

يجب أن يجعل مفصلا لأحكام هذه المادة . ويجب إذن أن نميز فى غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل ، وبين ماهو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات العسيرة النقل والتى هى معدة لتبقى حيث هى كالآلات الزراعية والسيارات والمؤن وأدوات العمارة(١) ونحو ذلك . فاذا كان المعروض مما يتيسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة وفقا للمادة ٧٩٠ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضى الأمور الوقتية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدنى ، أمراً بتعيين حارس لحفظ الشىء فى المكان الذى يعينه القاضى(٢) ، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر فى إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها . أما إن كان المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز

= وقد جاء فى التقنين المدنى السابق (م ١٧٦/٢٣٩) فى هذا الخصوص ما يأتى : « تبرأ ذمة المتعهد بتسليم عقار إذا استحصل على تعيين أمين حارس للعقار المذكور بحكم يصدر بمواجهة المتعهد له أو فى غيبته بعد تكليفه بالحضور أمام المحكمة » .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٤ (وهى مطابقة له) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٣ (وهى أيضاً مطابقة له) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٨٧ ، وتجرى على الوجه الآتى : « إذا كان محل الوفاء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل ، قام تسليمه الشىء للعدل مقام الإيداع » (والحكم متفق مع حكم المادة ٣٣٦ مصرى) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٩٥ ، وتجرى على الوجه الآتى : « إذا كان موضوع الموجب عملا ما ، لا تسليم شىء ، يحق للمديون منذ وجود الدائن فى حالة التأخر أن يفسخ العقد وفاقاً للأحكام المختصة بتأخر المديون » . وهذا النص لا مقابل له فى التقنين المصرى ، ولكن يمكن العمل بحكمه فى مصر لاتفاقه مع القواعد العامة . وليس هذا من باب العرض والإيداع ، وإنما يقوم الحكم على أنه إذا كان على المدين واجب عرض الوفاء ، فعلى الدائن كذلك واجب قبوله ، فإذا لم يقم الدائن بواجبه كان للمدين أن يفسخ العقد ليتخلص هو أيضاً من القيام بواجبه : انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٢٦ .

وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

(١) نقض مدنى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن يكون المدين قد حصل مبدئياً على حكم بإيداع السيارة المعروضة على الدائن فى جراج ، بل يصح أن يودع السيارة الجراج على أن يعرض الأمر بعد ذلك على القضاء ليقول كلمته فيما إذا كان هذا العرض صحيحاً وهل يعتبر إجراء مماثلا للايداع (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) .

للمدين ، بالطريقة نفسها ، أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل . وفى جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة ، فى المكان الذى يعين أو فى المكان الذى يوجد فيه المعروض ، مقام الإيداع .

على أن الأشياء المعروضة قد تكون مما يسرع إليه التلف كالسمن والزيوت والدقيق ونحو ذلك ، أو تكون مما يكلف نفقات باهظة فى إيداعه أو حراسته كالمواشي وبعض المحصولات الزراعية ، فهذه وتلك عرضت لها المادة ٣٣٧ من التقنين المدنى فنصت على ما يأتى : « ١ — يجوز للمدين ، بعد استئذان القضاء ، أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع إليها التلف ، أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة . ٢ — فاذا كان الشيء له سعر معروف فى الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولا فى البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف(١) » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح أن يضاف إلى النص بعد عبارة « استئذان القضاء » عبارة « بأمر على عريضة » ، ورفضت اللجنة هذا الاقتراح إذ مادام الأمر يتعلق بسلطة القاضى الولائية فإن مفهوم ذلك بداهة أن يتم الاستئذان باستصدار أمر على عريضة ، ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٣٣٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٥ (وهى مطابقة له) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٤ (وهى أيضاً مطابقة له) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٨٧ ، وتجرى على الوجه الآتى : « وإذا كان شيئاً يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهظة فى إيداعه ، فإنه يجوز للمدين ، بعد استئذان المحكمة ، أو دون استئذان عند الضرورة ، أن يبيعه بسعره المعروض فى الأسواق ، فإن تعذر ذلك فبالمزاد العلنى ، ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشىء نفسه » . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى ، إلا أن التقنين العراقى يبيح عند الضرورة عدم استئذان القضاء فى بيع الشىء — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٢٩٦ ، وتجرى على الوجه الآتى : « أما إذا كان الشىء غير قابل للايداع كأن يكون مثلا قابلا للتلف ، أو يكون حفظه مدعاة لنفقات باهظة ، جاز للمديون ، بعد استئذان القاضى ، بيعه علناً وإيداع الثمن » . وهذا حكم يتفق مع حكم التقنين المصرى .

انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ . وقارب استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٠ .

فاذا ما أودع الشيء — بعد عرضه عرضاً حقيقياً على الدائن — على النحو السابق ، كان للعرض والإيداع آثار قانونية ننتقل الآن إلى بيانها .

المطلب الثاني

ما يترتب على العرض والإيداع من الآثار

٤٣٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى اجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته »[(١)] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٨/١٧٥ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٧ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٦ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى العبارة الأخيرة من المادة ٢/٢٩٤ والمادة ٢٩٨ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٧ — ص ٢٠٨) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٣٨/١٧٥ : ومع ذلك إذا كان الدين عبارة عن نقود أو منقولات ، فتبرأ ذمة المدين بعرضه الدين على الدائن عرضاً حقيقياً بالتطبيق للقواعد المبينة فى قانون المرافعات .

وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٣٧ (مطابقة للمادة ٣٣٩ من التقنين المدنى المصرى) .

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين : (أولا) العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم نهائى بصحة العرض . (ثانيا) العرض والإيداع قبل القبول أو صدور الحكم .

§ ١ — أثر العرض والايداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم بصحة العرض

٤٣٦ — قبول الدائن للعرض : قد يقبل الدائن العرض فى النهاية ، وذلك بعد أن يكون قد رفضه وبعد أن يكون الإيداع قد تم بناء على هذا الرفض . ويجب أن يعلن قبوله للمدين حتى ينتج القبول أثره ، وإلا جاز للمدين قبل وصول القبول إلى علمه أن يرجع فى العرض (١) على الوجه الذى سنبينه .

ويجب أيضاً ، حتى يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، أن يثبت المودَع لديه (أو خزانة المحكمة) أنه أخبر المدين باعلان رسمى على يد محضر أنه سيسلم الشىء المودع للدائن ، وذلك قبل حصول التسليم فعلا بثلاثة أيام

— التقنين المدنى الليبى م ٣٢٦ (مطابقة للمادة ٣٣٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٦ : ١ — يقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته . ٢ — وفى هذه الحالة تكون نفقات الإيداع على الدائن ، وهو الذى يتحمل تبعة هلاك الشىء من وقت الإيداع ، ومن هذا الوقت أيضاً يقف سريان الفوائد . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى ، إلا أن التقنين العراقى يرتب ، كما قدمنا ، على الإيداع الآثار التى يرتبها التقنين المصرى على إعذار الدائن) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٩٤/٢ (العبارة الأخيرة) : وتبرأ ذمته على هذا الوجه من الموجب (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى ، غير أن نص التقنين اللبنانى لا يذكر صراحة قبول الدائن للعرض أو الحكم بصحته ، ولكن القواعد العامة تقتضى ذلك ، كما أن هذا الحكم يستنتج من المادة ٢٩٧ لبنانى) .

م ٢٩٨ : إن نفقة الإيداع على الدائن حينما يكون الإيداع مشروعا (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٢ .

على الأقل. وعند تسليم الشيء للدائن ، يجب عليه أن يسلم المودع لديه صورة محضر الإيداع التي تسلمها مع مخالصة بما قبضه .

وقد نصت على هذه الأحكام صراحة المادة ٧٩٤ من تقنين المرافعات ، إذ تقول : « يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، وأن يتسلم ما أودع على ذمته ، إذا لم يكن المدين قد رجع فى عرضه ، وأثبت المودع لديه أنه أخبر مدينه على يد محضر بعزمه على التسليم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل . ويسلم الدائن المودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه » (١) .

٤٣٧ — الحكم بصحة العرض والإيداع : فاذا لم يقبل الدائن العرض بعد الإيداع ، فان للمدين أن يطلب الحكم بصحة العرض والإيداع ، كما أن للدائن دون أن ينتظر رفع هذه الدعوى أن يبادر هو إلى رفع دعوى ببطلان العرض والإيداع . وتنص المادة ٧٩١ مرافعات فى هذا الصدد على أنه : « يجوز طلب الحكم بصحة العرض أو ببطلانه ، وبصحة الإيداع أو عدم صحته ، بالطرق المعتادة لرفع الطلبات الأصلية أو العارضة » .

وفى دعوى صحة العرض والإيداع ، لا يجوز الحكم بصحة العرض وحده إذا لم يعقبه إيداع أو أى إجراء مماثل كوضع المعروض تحت الحراسة على النحو الذى قدمناه . ولا يقتصر الأمر على إيداع المعروض وحده ، بل يجب أن يعرض مع فوائده التى استحقت إلى يوم الإيداع . وقد وردت هذه الأحكام فى الفقرة الأولى من المادة ٧٩٣ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أنه : « لا يحكم بصحة العرض الذى لم يعقبه إيداع إلا إذا تم إيداع المعروض مع فوائده التى استحقت لغاية يوم الإيداع » (٢) .

---

(١) ويجوز أيضاً لدائن الدائن أن يقبل العرض باسم الدائن ، عن طريق استعمال حقوق مدينه ، وأن يحجز على الشيء المودع تحت يد المودع لديه . فلا يجوز بعد الحجز للدائن أن يتسلم الشيء ، ولا للمدين أن يرجع فى العرض ، وذلك فى حدود ما لدائن الدائن من حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣١ مكررة أولا) .

(٢) وترفع دعوى صحة العرض أمام محكمة موطن الدائن (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٦) . ومصروفات الإعذار والعرض والإيداع ، إذا حكم بصحة العرض ، =

٤٣٨ — ما يترتب من الأثر على قبول الدائن أو صدور حكم نهائى بصحة العرض والإيداع : فاذا ما قبل الدائن العرض والإيداع على النحو المتقدم الذكر ، أو صدر حكم نهائى بصحة العرض والإيداع وفقاً للقواعد التى أسلفناها ، قام العرض فى هاتين الحالتين مقام الوفاء ، وبرئت ذمة المدين من الدين . ولا تتأخر براءة ذمة المدين إلى يوم الإيداع ، بل تبرأ ذمته من يوم العرض ، فان النص صريح فى أن الذى يبرىء ذمة المدين هو العرض إذا تلاه الإيداع ، فالإيداع إذن شرط فى إنتاج العرض لأثره ، وإذا تحقق استند هذا الأثر إلى يوم العرض . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٣٩ مدنى فيما قدمناه ، فهى تقضى بأن « يقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه

= تكون على الدائن (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، ولكن لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يستنزل مقدما من المبالغ المعروضة هذه المصروفات ، وذلك إلى أن يحكم بصحة العرض ويخصم بعد ذلك رسم الإيداع من الدين (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) . ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من المبالغ المستحقة ، إلا إذا كان الفرق ضئيلا كما سبق القول (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٠١ — ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٧ — ٢٨ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ — ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) . ولا يجوز أن يكون الإيداع مقيداً بشروط (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٦ — ١٨ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٦ — ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ — ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٥) ، إلا إذا كانت شروطا يستلزمها الدين المعروض ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عرض المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدعين ، وقيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذى حكم له به نهائياً قبلهم بمقتضى نفس الحكم الذى ألزمه بتسليم الأشياء المعروضة ، فهذا العرض صحيح ، ومثل هذا الشرط لا يبطله ، لأن للمدين أن يشترط ما يكفل له حقه المحكوم له به (نقض مدنى ٥ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢) . ولا يجوز عرض جزء من الدين هو الجزء الذى يقر به المدين إلى أن يحسم النزاع فى الجزء الباقى ، فإذا حكم للدائن فى هذا النزاع كان على المدين دفع فوائد كل الدين دون استنزال الفوائد عن الجزء الذى عرضه (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣) . وإذا حكم بصحة العرض والإيداع ، فلا محل فى الحكم لإلزام المدين البرىء الذمة بالسداد ، بل ينص الحكم فقط على السماح للدائن بأن يسحب ما هو مودع على ذمته ما يعادل حقه (استئناف أهلى ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٥٥/١ ص ٢١٠) .

إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات أو تلاه أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته » . وأيد هذا النص نص آخر فى تقنين المرافعات صريح فى أن براءة ذمة المدين إنما تكون من يوم العرض ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٩٣ مرافعات على ما يأتى : « وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض »(١) .

ومتى برئت ذمة المدين ، فقد برئت ذمة المدينين المتضامنين معه والشركاء فى الدين والكفلاء وسقطت التأمينات العينية التى كانت تكفل الدين .

وبراءة ذمة المدينين المتضامنين والشركاء والكفلاء وسقوط التأمينات العينية هو أثر نهائى لقبول الدائن العرض أو للحكم النهائى بصحته ، فلا يجوز بعد ذلك أن ترجع ذمة هؤلاء مشغولة بالدين أو أن تعود التأمينات العينية ، حتى لو رجع المدين فى العرض وقبل الدائن منه هذا الرجوع . وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدنى ، إذ تقول : « فاذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامن » . والأصل فى ذلك أنه إذا قبل الدائن العرض ، أو حكم بصحته حكماً نهائياً ، لم يجز للمدين بعد ذلك أن يرجع فيما عرض ، ويختص الدائن وحده بالشيء المعروض ولا يشاركه فيه سائر الغرماء . وقد نصت المادة ٧٩٦ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « لا يجوز الرجوع عن العرض ، ولا استرداد المودع ، بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور الحكم بصحة العرض وصيرورته نهائياً » . غير أنه إذا قبل الدائن من المدين رجوعه فى عرضه بعد قبول الدائن للعرض أو بعد الحكم النهائى بصحته : فان قبول الدائن لرجوع المدين فى العرض يكون أثره مقصوراً على العلاقة فيما بينه وبين المدين ، ولا يجاوز ذلك إلى الغير من شركاء فى الدين وكفلاء وأصحاب حقوق عينية على العقار المرهون فى الدين ، فهؤلاء يفيدون نهائياً

---

(١) ويقضى التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٧/٢) بعكس ذلك ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا من يوم الإيداع (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٢٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٦) .

من براءة ذمة المدين . ومن ثم تبرأ ذمة الشركاء والكفلاء كما قدمنا ، ويحق لأصحاب الرهون التالية فى المرتبة للدائن الذى برئت ذمة مدينه عدم الاعتداد بالرهن الذى كان متقدماً على رهونهم وكان يكفل الدين(١) . أما فى العلاقة مابين الدائن والمدين ، بعد رجوع المدين فى العرض وقبول الدائن لهذا الرجوع ، فان الدين الذى كان معروضاً ينقضى بقبول الدائن للعرض أو بالحكم نهائياً بصحته ، ولكن لما كان الدائن قد قبل من المدين الرجوع فى هذا العرض ، فان ذمة المدين ترجع مشغولة بدين جديد معادل للدين القديم الذى انقضى . وإذا أريد أن يكفل هذا الدين الجديد كفلاء أو رهون ، فلابد من الاتفاق على ذلك من جديد بين الدائن والمدين والكفلاء ، وتقوم هذه التأمينات من وقت هذا الاتفاق لاقبل ذلك(٢) .

§ ٢ — أثر العرض والايداع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم بصحة العرض

٤٣٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٠ من التقنين المدنى على مايأتى :

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ومتى قبل العرض المشفوع بالإيداع أو بإجراء مماثل له ، أو حكم بصحته ، أصبح لازماً وامتنع الرجوع فيه . ويكون لمثل هذا العرض حكم الوفاء ، ويمتد أثره إلى الماضى ، فيعتبر أنه تم وقت إعلان العرض (وقد ورد خطأ : وقت إعلان الإيداع) ، وتعتبر ذمة المدين والملتزمين معه بالدين والكفلاء قد برئت من هذا الوقت . على أن للدائن أن يرفض رجوع المدين فى عرضه المتقدم ، بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته ، وعندئذ يعتبر الوفاء كأن لم يكن ، دون أن يخل ذلك بحقوق الملتزمين مع المدين بالدين أو الكفلاء ، فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائياً ، ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠) .

وسنرى أن ماورد فى المذكرة الإيضاحية من أن الوفاء يعتبر كأن لم يكن ليس دقيقاً . فمتى قبل الدائن العرض أو حكم نهائياً بصحته فقد تم الوفاء على وجه بات وانقضى الدين المعروض . فإذا رجع المدين بعد ذلك فى العرض وقبل الدائن ذلك منه ، كان هذا بمثابة اتفاق على دين جديد تنشغل به ذمة المدين نحو الدائن ، كما سيأتى .

(٢) انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٧ .

« ١ — إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بايداع أو باجراء مماثل ، جاز له أن يرجع فى هذا العرض مادام الدائن لم يقبله أو مادام لم يصدر حكم نهائى بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين » .

« ٢ — فاذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أو يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين(١) » .

وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان منصوصاً عليه فى المادتين ٦٩٣ — ٦٩٤ من تقنين المرافعات القديم .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٩ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٩٧ (٢)

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا عرض المدين الدين ، وأتبع العرض بإيداع أو إجراء مماثل ، جاز له أن يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم نهائى بصحته . ٢ — فإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات » . وفى لجنة المراجعة أضيف حكم عدم براءة ذمة الشركاء فى الدين والضامنين إلى الفقرة الأولى فى حالة رجوع المدين فى عرضه قبل قبول الدائن للعرض وقبل الحكم بصحته ، وأضيف حكم براءة ذمة الشركاء فى الدين والضامنين فى الفقرة الثانية فى حالة رجوع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته إذا كان هذا الرجوع بموافقة الدائن . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣٥٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ — ص ٢١١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٣٨ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٢٧ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٩٧ : للمديون أن يسترد الشىء المودع ما دام الدائن لم يصرح بقبوله الإيداع ، وفى هذه الحالة يعود الدين بجميع ملحقاته . (وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين المصرى ، وإن لم يذكر فى نص التقنين اللبنانى إلا قبول الدائن بعرض ، وأغفل ذكر صدور الحكم بصحته ، ولكن صدور الحكم بصحة العرض يمنع فى لبنان رجوع المدين فى العرض وفقاً للقواعد العامة) .

ونصت المادة ٧٩٥ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتى : « ويجوز للمدين أن يرجع عن عرض لم يقبله دائنه ، وأن يسترد من خزانة المحكمة ما أودعه ، متى أثبت أنه أخبر دائنه على يد محضر برجوعه عن العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام » .

ويجب استكمال نص التقنين المدنى بنص تقنين المرافعات للتوفيق ما بين النصين ، وليكون هناك تنسيق وانسجام ما بين النصوص . وهذا ما نسير عليه فيما يأتى :

٤٤٠ — متى يجوز للمدين الرجوع فى العرض : للمدين ، بعد العرض والإيداع ، أن يرجع فى العرض (١) إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) ألا يكون قد صدر قبول من الدائن للعرض ووصل هذا القبول إلى علم المدين ، وألا يكون فى الوقت ذاته قد صدر حكم نهائى بصحة العرض .

(الشرط الثانى) أن يكون قد مضى ثلاثة أيام من وقت إبلاغ المدين الدائن على يد محضر برجوعه فى العرض . فاذا اقتصر المدين على مجرد إعلان إرادته فى الرجوع ، ولو أبلغ الدائن ذلك بكتاب مسجل أو بأية طريقة أخرى غير الإعلان الرسمى على يد المحضر ، جاز للدائن ألا يعتد بهذا الرجوع ، وأن يقبل العرض على الوجه المبين فى المادة ٧٩٤ مرافعات وقد سبق بيان ذلك . فعندئذ يصبح العرض نهائياً ، ولا يمكن للمدين بعد ذلك أن يرجع فيه ولو أبلغ الرجوع للدائن على يد محضر . كذلك إذا رجع المدين فى العرض ، وأبلغ الدائن رجوعه على يد محضر ، فان للدائن ، فى خلال ثلاثة أيام من يوم إبلاغه رجوع المدين أن يقبل العرض بعد تهيئة الطريق لهذا القبول وفقاً للمادة ٧٩٤ مرافعات ، وعندئذ

---

(١) وحق رجوع المدين فى العرض حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوه باسمه . فإذا وقع هؤلاء حجزاً على الشىء المعروض ، ولم يرجع المدين فى العرض ، كان الحجز باطلا (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣١) . ولكن لما كان العرض يعتبر وفاء للدين ، فلدائنى المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ مدنى .

لا يكون لرجوع المدين عن العرض أثر، ويصبح العرض نهائياً بقبول الدائن له . ولا يعود بعد ذلك للمدين حق فى الرجوع ، إلا بقبول الدائن لهذا الرجوع على الوجه المبين فى الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدنى ، وقد سبق بيان ذلك .

٤٤١ — الأثر الذى يترتب على رجوع المدين فى العرض : فاذا رجع المدين فى العرض بعد توافر الشرطين المتقدمى الذكر على الوجه المبين آنفاً ، فان العرض يعتبر كأن لم يكن (١) ، وتكون مصروفات العرض والإيداع على المدين لأنه هو الذى رجع فيما عرض(٢) .

وتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين وملحقاته . وكذلك تبقى مشغولة بالدين ذمة المدينين المتضامنين الآخرين والشركاء فى الدين والكفلاء ، كما تبقى التأمينات العينية التى تكفل الدين (٣) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٤٠ مدنى فيما قدمنا . أما إذا كان رجوع المدين فى العرض بعد قبول الدائن له أو بعد الحكم بصحته ، وكان الرجوع بموافقة الدائن ، فقد رأينا أن المدينين المتضامنين والشركاء فى الدين والكفلاء تبرأ ذمتهم ، وأن التأمينات العينية التى كانت تكفل الدين تزول .

و يجوز ،بعد رجوع المدين فى العرض وقبل استرداده للشىء المعروض من خزانة المحكمة أو من تحت يد الحارس ، أن يوقع دائنوه — ومنهم نفس الدائن الذى كان الدين معروضاً عليه — الحجز على هذا الشىء. أما قبل رجوع المدين فى العرض ، فلا يجوز للدائنين الآخرين غير الدائن المعروض عليه الدين أن يوقعوا الحجز على الشىء المعروض أو أن يشاركوا فيه هذا الدائن الأخير مشاركة الغرماء ،حتى لو كان ذلك قبل قبول العرض وقبل صدور حكم بصحته .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإيداع الحاصل على ذمة أحد دائنى المدين لا يخرج به المبلغ المودع عن ملكية المودع إلا بقبول الدائن له ، فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه المبلغ الذى أودعه أية وجهة أخرى (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٢٣ . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ فى الهامش .

الفصل الثاني

محل الوفاء

٤٤٢ — على أى شيء يقع الوفاء ومتى وأين يكون : نبحث هنا موضوعين :

أولا — على أى شيء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشيء من ملحقات .
ثانياً — الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء .

الفرع الأول

على أى شيء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشيء من ملحقات

المبحث الأول

على أى شيء يقع الوفاء

٤٤٣ — الوفاء بنفس الشيء المستحق دون تجزئة — حالة تعدد الديون : الوفاء يكون بنفس الشيء المستحق ، وهو الشيء محل الالتزام . ولا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، بل يجب عليه أن يفى بالشيء المستحق كاملا دون تجزئة . وقد تتعدد الديون التى فى ذمة المدين فيفى ببعضها ، ويتعين تحديد بأيها وفى .

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) الوفاء بنفس الشيء المستحق (٣) الوفاء بكل الشيء المستحق فلا يجوز الوفاء الجزئى (٣) تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون .

المطلب الأول

الوفاء بنفس الشيء المستحق

٤٤٤ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الشيء المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى » (١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢١٣/١٦٨ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٩ – وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٢٨ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٩٠ – ٣٩١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٢٩٩ و٣٠١ و٣١٧ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢ — ص ٢١٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٣٩ (مطابقة للمادة ٣٤١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبي : م ٣٢٨ (مطابقة للمادة ٣٤١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٩٠ : ١ – إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين ، فليس للمدين أن يدفع غيره بدلا عنه بدون رضاء الدائن ، حتى لو كان هذا البدل مساوياً فى القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى . ٢ – أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالقدر ، فللمدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن .

م ٣٩١ : رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه ، وهو على صفته ، فله الاحتفاظ به .

—

والشيء المستحق أصلا إما أن يكون شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً غير معين إلا بنوعه أو نقوداً أو عملا أو امتناعاً عن عمل .

٤٤٥ — الشيء المستحق شيء معين بالذات : إذا كان الشيء المستحق هو شيء معين بالذات ، كدار أو سيارة معينة أو حصان معين ، فالوفاء يكون بهذا الشيء بالذات لا بغيره . ولو كان غيره من جنسه ونوعه ويساويه أو يزيد عليه . ولا يجبر الدائن على قبول غير الشيء المستحق ، ولو كان أزيد فى القيمة . كما لا يجبر المدين على الوفاء بغير الشيء المستحق ، ولو كان أقل فى القيمة . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٤١ كما رأينا .

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق الدائن والمدين على أن يكون الوفاء بشيء غير المستحق أصلا ، وهذا هو الوفاء بمقابل(١) . ولكنه غير الوفاء ، وله أحكام خاصة به سيرد ذكرها فيما يلى .

= (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى . ولا يوجد ما يمنع من تطبيق حكم المادة ٣٩١ عراقى – وهى مأخوذة من الفقه الإسلامى – فى مصر ، إذ هو حكم لا يتعارض مع القواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٢٩٩ : يجب إيفاء الشيء المستحق نفسه ، ولا يجبر الدائن على قبول غيره وإن كان أعلى قيمة منه – وإذا كان الشيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا يجب على المديون تقديمه من النوع الأعلى ؛ ولكن لا يجوز له تقديمه من النوع الأدنى .

م ٣٠١ : عندما يكون الدين مبلغاً النقود يجب إيفاؤه من عملة البلاد . وفى الزمن العادى ، حين لا يكون التعامل اجباريا بعملة الورق ، يظل المتعاقدون أحراراً فى اشتراط الإيفاء نقوداً معدنية أو عملة أجنبية .

م ٣١٧ : إن الإيفاء بواسطة التحويل (الشيك) يبقى خاضعاً لأحكام القانون الصادر فى ٧ نيسان سنة ١٣٣٠ (١٩١٤) الذى لا يزال مرعى الأجراء .

(وهذه الأحكام تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ينبغى أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلا ، سواء أكان الالتزام به التزاماً بنقل حق عينى أم التزاماً بعمل أم التزاماً بالامتناع عن عمل . فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشيء شيء آخر ولو كان أعلى منه قيمة ، إلا أن يرتضى الدائن الاعتياض (الوفاء بمقابل) ، أو أن يكون ظاهر التعنت » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢) . ويستفاد من ذلك أن الدائن ليس له أن يرفض استيفاء شيء أعلى قيمة ، ولا المدين أن يرفض إيفاء شيء أدنى قيمة ، إذا كان فى الرفض تعنت ظاهر ، وهذا تطبيق للنظرية العامة فى التعسف فى استعمال الحق .

ويجب تسليم الشيء المعين بالذات المستحق أصلا فى الحالة التى هو عليها وقت التسليم . فاذا كان قد هلك أو أصابه تلف وهو فى يد المدين قبل تسليمه إلى الدائن ، وكان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي ، فانتبعة ذلك تقع على الدائن(١) . أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ من المدين ، فان الدائن يرجع بالتعويض على المدين . وليس فى هذا كله إلا تقرير للقواعد العامة(٢) .

٤٤٦ — **الشيء المستحق شيء غير معين الا بنوعه** :وقد يكونالشيء المستحق شيئا غير معين إلا بنوعه ،كخمسين قنطاراً من القطن ومائة أردب من القمح . فاذا لم تعين درجة الشيء من حيث جودته ، أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف

---

(١) وذلك ما لم يكن الدين ناشئاً من عقد ملزم للجانبين . وإذا كان هناك رجوع على الغير بتعويض أو بمبلغ تأمين وجب على المدين أن ينزل عن التعويض أو عن مبلغ التأمين إلى الدائن ، بعد أن حل هذا أو ذاك حلولا عينياً محل الدين المستحق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٨) .

على أن المدين ، إذا أعذره الدائن ، يكون مسئولا عن الهلاك أو التلف ، ولو كان ذلك بسبب أجنبى ، ما لم يثبت أن الشيء كان يهلك فى يد الدائن لو كان قد قبضه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٦) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٤٧٩ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، برئت ذمة المدين إذا قام بتسليمه بالحالة التى يكون عليها وقت التسليم ، حتى لو أصاب الشيء تلف بعد نشوء الالتزام ، على ألا يكون هذا التلف راجعاً إلى خطأ المدين ، أو أن يكون المدين قد أعذر قبل حصول التلف ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغيره » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص ما يأتى : « الأصل فى المدين أن يلزم بتسليم الشيء بالحالة التى يكون عليها وقت التسليم ، إذا ورد الالتزام على شيء معين بالذات . فهو لا يسأل عما يصيب الشيء من تلف بعد الالتزام ، ما لم يكن قد أعذر قبل حدوث التلف ، أو ما لم يكن هذا التلف راجعاً إلى خطأه أو خطأ من يسأل عنهم . ويقع عبء الإثبات فى حالة المسئولية التعاقدية على المدين . على أن هذه القاعدة العامة لا تنطبق حيث يتفق المتعاقدان على الخروج عليها ، أو حيث يقضى القانون بمخالفتها . فمن ذلك مثلا اتفاق المشترى والبائع على أن تكون حالة المبيع حسنة عند التسليم ، وقد نص المشروع على وجوب تسليم العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تؤهلها لأن تفى بما أعدت له من المنفعة : م ٧٦٢ من المشروع » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ فى الهامش).

متوسط (م ٢/١٣٣ مدنى)(١) . على أنه إذا كان الشيء المستحق يؤخذ من جملة أشياء محصورة فى ذواتها ، كما إذا التزم المدين باعطاء صندوق من صناديق موضوعة فى مخزن ، جاز للمدين أن يعطى أى صندوق من هذه الصناديق ، ولا يلتزم باعطاء صندوق منها يكون من صنف متوسط(٢) .

٤٤٧ — الشيء المستحق نقود : وإذا كان الشيء المستحق نقوداً ، لم يجبر الدائن على أخذ غير النقود المستحقة . فلا يجوز الوفاء دون رضاء الدائن بشيء غير النقود ، كعروض ولو كانت قيمتها تساوى النقود المستحقة أو تزيد عليها . كما لا يجوز الوفاء دون رضاء الدائن بكمبيالة أو بشيك(٣) أو بحوالة

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٥٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٣ .

(٣) فلا يجبر الدائن على استيفاء حقه بشيك ، وإن كانت بعض التشريعات الأخيرة فى فرنسا تبيح للمدين فى حالات معينة أن يفى دينه بشيك ، بل تجبره على ذلك ، حتى لا تتضخم كميات أوراق النقد التى تطرح فى الأسواق للتعامل (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

ولما كان الوفاء بالشيكات هو الغالب فى المعاملات المدنية ، فإن الدائن لا يعتبر مستوفياً حقه إلا عند قبض قيمة الشيك من البنك (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٥ — ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩) ، فلا ينقضى الدين بمجرد تسلم الدائن للشيك عن طريق التجديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أعطى شيك ثمناً لمبيع مع إثبات التخالص بالثمن فى عقد البيع ، فإن إعطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالثمن لا استبدالا له ، وعلى ذلك فإنه إذا حكم بفسخ البيع فلا يبقى لتحصيل قيمة الشيك محل (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٩ ص ١٥٦) . وإمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته يكون بمثابة مخالصة بالدين ، أو هو فى القليل مبدأ ثبوت بالكتابة على أنه إنما استوفى ديناً ولم يقبض قيمة الشيك لغرض آخر ، فيستطيع تكملته بالبينة أو بالقرائن . وحيازة البنك لشيك لحامله دليل على أنه صرف قيمة هذا الشيك ، ولو لم يوقع صاحب الشيك على ظهره (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١) . ويترتب على أن الوفاء لا يتم إلا بقبض قيمة الشيك لا بمجرد تسلمه أن شركة النقل ، إذا كلفت بتسليم بضاعة لقاء استيفاء ثمنها (contre remboursement) وتسلمت شيكاً فى مقابل الثمن ، تبقى مسئولة عن الثمن إلى وقت قبض قيمة الشيك (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

وقد غلب التعامل بالشيكات إذ يجنب مشقة التعامل فى كميات كبيرة من أوراق النقد ، وهو فى الوقت ذاته يهيىء طريقاً ميسراً لإثبات الوفاء فإن إمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته تكون بمثابة مخالصة كما قدمنا (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٧) . —

بريد(١) أو بأسهم أو بسندات أو بغير ذلك من الأوراق المالية ، فان هذه الأوراق ديون على الغير وليست نقوداً ، ولا يجبر الدائن على أخذها فى مقابل النقود .

وتقضى المادة ١٣٤ مدنى بأنه « إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » . ويخلص من ذلك أنه إذا ارتفعت قيمة النقود كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين .

وقد رأينا ، فى الجزء الأول من الوسيط(٢) أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى (cours légal) وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى (cours forcé) . على أن المسألة ليست لها أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى ، فان الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء . فاذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامى ، واستوفى الدائن حقه ورقاً ، فانه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام

= وكالشيكات والكمبيالات والإضافة إلى الحساب الجارى (virement bancaire du compte à compte) ، لا يتم الوفاء بها إلا بقبض القيمة أو بالإضافة الفعلية إلى الحساب الجارى . ومن ثم يتحمل المدين التبعة إلى وقت قبض الدائن القيمة بالفعل ، فإذا صرفت القيمة إلى غير الدائن أو إلى غير حسابه الجارى دون خطأ منه لم يكن مستوفياً حقه وتحمل المدين تبعة ذلك . ولا يجبر الدائن على إعطاء مخالصة إلا عند القبض الفعلى ، فإن أعطى مخالصة قبل ذلك جاز أن يحمل هذا منه على أنه رضى أن يستوفى الدين عقابل (دى باج ٣ فقرة ٤٧٦ – وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٦٨ – فقرة ٤٧٢ – وفقرة ٤٨٤ – فقرة ٤٨٥) .

(١) وإذا قبل الدائن حوالة البريد ، فلا يتم الوفاء إلا بقبض قيمتها فعلا . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وفى المدين الدين بحوالة بريد ، ولكنه لم يقطع سند التسليم منها ويرسله إلى الدائن ليتسلم بموجبه قيمة الحوالة ، لم يكن هذا وفاء مبرئاً للذمة (١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٣) . ويتحمل المدين تبعة ضياع حوالة البريد وهى فى طريقها إلى الدائن ، كما يتحمل تبعة صرف الحوالة إلى غير الدائن إذا تم ذلك دون خطأ من الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

(٢) فقرة ٢٢٤ – فقرة ٢٢٥ .

السعر الإلزامى ، وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولا فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . ولا سبيل إلى اشتراط أن يكون الوفاء بالذهب (clause d'or) أو بما يعادل قيمة الذهب ، فان الشرط يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . ويكون العقد الذى تضمن هذا الشرط باطلا كذلك ، إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ذلك أن الغرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق والذهب فى نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم فى نظر الأفراد ، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد فى البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

ورأينا أيضاً ، فى الجزء الأول من الوسيط (١) . أن القضاء المصرى مر فى هذه المسألة على مرحلتين : (المرحلة الأولى) فى ظل المرسوم (القانون) الصادر فى ١٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، وقد قضى بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب (السعر القانونى) ، وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب (السعر الإلزامى) ، وبأن ما يدفع من هذه الأوراق يكون دفعاً صحيحاً مبرئاً للذمة كما لو كان الدفع حاصلا بالذهب ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . وبالرغم من صراحة هذا النص انقسم القضاء المصرى فى شأن شرط الذهب ، فبعض الأحكام قضى ببطلانه ، وبعضها قضى بصحته ، وبعضها جرى على نهج القضاء الفرنسى فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلا والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً (٢) . (المرحلة الثانية) فى ظل المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وقد صرح بأن شرط الذهب باطل فى المعاملات الخارجية بطلانه فى المعاملات الداخلية ، فنص على أن « تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية ، والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولا فى مصر (الفرنك والجنيه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر » .

---

(١) فقرة ٢٢٦ .
(٢) انظر الأحكام المشار إليها فى الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٢٩٣ هامش رقم ١ .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

٤٤٨ — الشيء المستحق عمل أو امتناع عن عمل — إحالة : فإذا كان محل الوفاء عملا ، فقد رأينا فى الجزء الثانى من الوسيط أن الالتزام بعمل ينقسم أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية (٢) والتزاماً بتسليم شيء (٣) والتزاماً بإنجاز عمل معين. وقد استعرضنا هناك كلا من هذه الأقسام الثلاثة ، ورأينا كيف يقوم المدين بتنفيذ التزامه فى كل منها ، فنكتفى هنا بالإحالة على ذلك(٢).

كذلك إذا كان محل الوفاء امتناعاً عن عمل ، رأينا فى الجزء الثانى من الوسيط كيف يفى المدين بالتزامه ، فهو قائم بتنفيذه تنفيذاً عينياً ما دام ممتنعاً عن العمل الذى التزم بالامتناع عنه . فإذا أتى العمل الممنوع ، أصبح التنفيذ العينى مستحيلا ، ولا يكون هناك مجال إلا للتعويض . ونكتفى هنا أيضاً بالإحالة على ما سبق أن ذكرناه فى هذا الصدد (٣).

---

(١) أنظر الأحكام المشار إليها فى الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٦ هامش رقم ١ . يضاف إليها : استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٤٦ — ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ — ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥ — ٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٧ — وأنظر فى تحديد سعر الصرف فى تاريخ الاستحقاق لا فى تاريخ المطالبة : نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

وأنظر فى فرنسا التمييز ما بين الشروط التى تمس مركز العملة (clauses à caractère monétaire) كالدفع بالذهب أو بقيمة الذهب أو بعملة أجنبية وهذه باطلة فى المعاملات الداخلية ، والشروط ذات الصبغة الاقتصادية (clauses à caractère économique) وهذه لا تنم عن عدم الثقة بمركز العملة القومية ، وذلك كالدفع بالبضائع (clauses de paiement en marchandises) أو بقيمة البضائع (clauses de paiement valeur-marchandise) أو الدفع بمعدل متحرك (clauses d'échelle mobile) ، ومن ثم تكون هذه الشروط صحيحة : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٦ — فقرة ١١٨٥ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٠٣ — فقرة ٥٢٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٩٩ — فقرة ١٦٣١ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٤٨٤ — فقرة ٤٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٨٥٦ — فقرة ٨٦٠ مكررة — وأنظر فى بلجيكا : دى باج ٣ فقرة ٤٦٢ — فقرة ٤٦٩ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٤ — فقرة ٤٣٧ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٨ — فقرة ٤٤٠ .

المطلب الثانى

الوفاء بكل الشىء المستحق

عـدم جواز تجزئة الوفاء

٤٤٩ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٤٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لايجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

« ٢ — فاذا كان الدين متنـازعاً فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة١٦٨/٢٣١(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المـادة ٣٢٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٩٢ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٠٠(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة أزيلت هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقمها ٣٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٣ — ص ٢١٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ١٦٨/٢٣١ : يجب أن يكون الوفاء . . . وألا يكون ببعض المستحق . . .

(وتتفق الأحكام فى التقنينين السابق والجديد)

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٤٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٢٩ (مطابقة للمادة ٣٤٢ من التقنين المدنى المصرى) . —

ويخلص من هذا النص أن القاعدة هي عدم جواز تجزئة الوفاء ، ويرد على هذه القاعدة استثناءات بعضها يرجع إلى الاتفاق وبعضها يرجع إلى أحكام القانون .

٤٥٠ — القاعدة — عدم جواز تجزئة الوفاء : لما كان الوفاء يجب أن يكون بنفس الشيء المستحق ، وجب تبعاً لذلك أن يكون بكل الشيء المستحق .

فلا يصح ، من جهة ، أن يجبر المدين الدائن على أن يقبل استيفاء جزء من الدين ، إذا كان كل الدين حالا واجب الأداء . ولا يصح ، من جهة أخرى ، أن يجبر الدائن المدين على الوفاء بجزء من الدين واستبقاء الجزء الآخر في ذمته . كل هذا حتى لو كان الدين نفسه قابلا للتجزئة ، فان الدين فيما بين الدائن والمدين يصبح غير قابل للتجزئة ولو كانت طبيعته تقبل التجزئة (١) .

وغني عن البيان أن عدم جواز تجزئة الوفاء لا ينطبق إلا على الدين الواحد . فاذا تعددت الديون ، وحلت جميعها ، فليس للدائن أن يمتنع عن استيفاء أي من هذه الديون إذا أراد المدين الوفاء به ، بدعوى أن المدين لا يفي بالديون جميعاً فهو يجزئ الوفاء ، إذ أن المدين لا يجزئ الوفاء في الدين الواحد .

= التقنين المدني العراقي : م ٣٩٢ : إذا كان الدين حالا ، فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ، ولو كان قابلا للتبعيض .

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٠٠ : لا يجوز للمديون إجبار الدائن على قبول الإيفاء جزءاً وإن كان الموجب قابلا للتجزئة ، لأن الإيفاء بهذا المعنى لا يتجزأ — ويجوز مخالفة هذه القاعدة بإجراء أحكام المقاصة أو باستعمال حق التجزئة فيما يختص بالكفلاء . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) ولو جزأنا الدين ، فيما بين الدائن والمدين ، لأصبح الدين الواحد ديوناً متعددة (لاروميير ٤ م ١٢٤٤ فقرة ١ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٣٧ — لوران ١٧ فقرة ٥٦٦ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) — هذا إلى ما في التجزئة من ضرر يصيب الدائن ، فإنه إذا استوفى حقه كاملا مرة واحدة استطاع أن يستثمره استثماراً أكمل مما لو استوفاه مجزءاً (بوتييه في الالتزامات فقرة ٥٣٤ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) .

وعلى الدائن فى هذه الحالة أن يقبل استيفاء الديون التى يعرضها المدين ، ثم يجبر المدين بعد ذلك على الوفاء بالديون التى لم يف بها (١).

٤٥١ — الاستثناءات — جواز تجزئة الوفاء : وتقضى الفقرة الأولى من المادة ٣٤٢ مدنى ، فيما رأينا ، بجواز الخروج على قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء ، إما بحكم الاتفاق وإما بحكم القانون :

(١) فقد يتفق الدائن والمدين على تجزئة الوفاء ، فتجوز التجزئة عند ذلك نزولا على اتفاقهما ، لأن قاعدة عدم التجزئة ليست من النظام العام .

وقد يكون هذا الاتفاق سابقاً على الوفاء . ويكون صريحاً أو ضمنيا ، ويعتبر اتفاقاً ضمنياً على تجزئة الوفاء أن يتفق الطرفان على أن يكون وفاء الدين فى مكانين مختلفين ، فى القاهرة وفى الاسكندرية مثلا ، فيخلص من ذلك حتما أن الطرفين اتفقا على تجزئة الدين إلى جزئين أحدهما يدفع فى القاهرة والآخر فى الاسكندرية ، وإذا لم يعينا مقدار كل جزء كان الجزءان متساويين(٢).

وقد يكون الاتفاق واقعاً وقت الوفاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق سابق ، فاذا وفى المدين بعد حلول الدين الدائن بجزء منه ، وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئى ، صح ذلك ، ويكون هناك اتفاق على تجزئة الوفاء وقع عند الوفاء نفسه .

(٢) وقد يقضى القانون بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل فى المقاصة . فانه إذا توافرت شروطها ، سقط الدينان بقدر الأقل منهما . ومعنى ذلك أن الدين الأكبر ، الذى لم يسقط إلا جزء منه فى مقابلة الدين الأصغر ، يكون قد وفى وفاء جزئيا على هذا النحو (انظر م ٣٦٥/٢ مدنى) .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨ مكررة ثانيا — ويترتب على ذلك إنه إذا كان المستحق عدة أشياء ، فن المهم معرفة ما إذا كان الدين واحداً فلا يتجزأ الوفاء به ، أو أن هناك ديوناً متعددة لا يجوز للدائن أن يمتنع عن استيفاء ما يعرض المدين الوفاء به منها . فاذا كان أحد الأشياء المتعددة هو الشىء الأصل وكان الباقى تبعاً له ، كرأس المال والفوائد والمصروفات ، فإن الدين يكون واحداً لا تجوز تجزئته عند الوفاء . أما إذا كانت الأشياء المتعددة كلها أصلية ، كأقساط تستحق تباعاً أو أجرة تحل مدة بعد مدة ، فهذه ديون متعددة كل منها يجوز الوفاء به على حدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٣ ص ٥٦٥) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٩ .

(٣) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل فى الدفع بالتقسيم فيما بين الكفلاء . فانه إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فى الدين الواحد ، ولم يكونوا متضامنين ، قسم الدين بينهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بجزء من الدين هو نصيبه فيه ، وفى هذا إجبار للدائن على الوفاء الجزئى . وقد نصت المادة ٧٩٢ مدنى فى هذا المعنى على ما يأتى : « ١ — إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة. ٢ — أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » .

(٤) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل فى نظرة الميسرة عند ما أجاز للقاضى أن يقسط الدين على المدين إلى آجال معقولة (م ٣٤٦/٢ مدنى). وستتناول هذه المسألة تفصيلا عند الكلام فى زمان الوفاء(١) .

(٥) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل فى الفقرة الثانية من المادة ٣٤٢ مدنى فيما رأينا . فان هذه الفقرة تقضى بأنه « إذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » . ذلك أنه كما لا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، كذلك لا يستطيع الدائن ، كما قدمنا ، أن يجبر المدين على هذا الوفاء . ومع ذلك إذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه ، فالدائن يدعى أنه مائة ويدعى المدين أنه خمسون ، فللدائن أن يجبر المدين على الوفاء بالخمسين وهو الجزء الذى يعترف به ، على أن يحسم النزاع بعد ذلك فى الجزء الباقى المتنازع عليه . وليس للمدين أن يرفض هذا الوفاء الجزئى ، ويأبى أن يدفع شيئا حتى يحسم النزاع فى الجزء المتنازع عليه ، أو يأبى أن يدفع الخمسين إلا بعد أن يقر له الدائن أن هذا هو كل الدين(٢) .

---

(١) وقد يقضى القانون بتجزئة الوفاء فى حالة ما إذا مات الدائن وانقسم حقه على ورثته ، فكل وارث يستوفى جزءاً من الدين هو حصته فيه (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ — ص ٢١٥) .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد —

المطلب الثالث

تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون

٤٥٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعاً ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، مالم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين » .

وتنص المادة ٣٤٥ على ما يأتى :

إذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن »(١) .

= يتصور إعمال قاعدة عدم تجزئة الوفاء إعمالا عكسياً لمصلحة المدين ، فيكون له أن يصر على أداء الدين بأسره ، ولو قبل الدائن الاقتصار على استيفاء جزء منه . أما إذا كان الدين متنازعاً فيه ، وأقر المدين بجزء منه ، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن ، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع فى الجزء الآخر ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملا : انظر فى هذا المعنى م ١١٦٩ من التقنين الأسبانى ، والمادة ٧٢٢ من التقنين البرتغالى ، والمادة ٧٧٧ من التقنين الأرجنتينى ، والمادة ٢/٦٩ من تقنين الالتزامات السويسرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٥) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٤٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وذلك فى الفقرة الأولى من المادة ٤٨١ من المشروع . وكانت هذه المادة تتضمن فقرة ثانية نصها ما يأتى : « فإذا لم يعين المدين الدين ، خصم ما أداه من حساب الدين الذى يعينه الدائن فى المخالصة ، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين أو كان التعيين قد صدر عن غش أو عن مباغتة من الدائن » . وقد وافقت لجنة المراجعة على المادة بفقرتيها تحت رقم ٣٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية « لأنها تتناول مسألة تفصيلية وتقرر حلا لم تر اللجنة الأخذ به ، بل آثرت ترك الأمر =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٧٢/٢٣٥(١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٤٢ – ٣٤٣ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٣١ – ٣٣٢ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٩٣ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٠٧ – ٣٠٩(٢).

= القواعد العامة، لا سيما أن المادة التالية وضعت من القواعد ما يكفى فى هذا الشأن » ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ – ٢٢١) .

م ٣٤٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فإذا لم يعين الدائن أو المدين الدين تعييناً صحيحاً ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » . ووافقت لجنة المراجعة على المادة تحت رقم ٣٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ قام نقاش حول حكم العبارة الأخيرة وهى: « فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، وقيل فى الاعتراض عليها أنه لايجرى فى العمل عند الوفاء أن يحصل الخصم من جملة الديون بنسبة كل منها، فمن المصلحة إثبات الحكم القانونى عندما تتساوى أعباء دينين إذ قد يكون أحدهما وشيك السقوط بمضى المدة ولا يتبين أى الدينين قد وفى . ورأت اللجنة أن أمامها حلولا ثلاثة : (١) أما أن تحذف عبارة « فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، فإذا حصل إشكال فأمر ذلك يكون محل تقدير القاضى . (٢) وأما أن تعدل هذه الفقرة فتكون : « فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن » . (٣) وأما أن تنص على أن الوفاء يكون للدين المتأخر. وبعد مناقشة هذه الحلول رأت أغلبية اللجنة الأخذ بالحل الثانى . وفى هذه الحدود حصر النص ما يبقى للدائن من خيار ، وهو بعد صاحب المصلحة فى الاستيفاء . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢١ – ص ٢٢٤) .

(١) التقنين المدنى السابق : م ١٧٢/٢٣٥ : تستنزل المدفوعات فى حالة تعدد الديون من الدين الذى عينه المدين ، وإن لم يعين استنزلت من الدين الذى له زيادة منفعة فى وفائه . (والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين الجديد أضاف أنه إذا تساوت الديون فى الكلفة فالمدفوع يكون من حساب الدين الذى يعينه الدائن . ويعمل بهذه الإضافة من وقت نفاذ التقنين الجديد – أى من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ – والعبرة بوقت الدفع ، فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين القديم هو الذى يسرى ، وإلا فالتقنين الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : =

ويخلص من هذه النصوص أن الحاجة إلى تعيين الدين المدفوع أو إلى تعيين جهة الدفع إنما تقوم إذا كان على المدين ديون متعددة لدائن واحد(١) ، وكانت هذه الديون جميعا من جنس واحد ، وكان المبلغ المدفوع لايفى بجميع الديون (٢) . فيجب عند ذلك أن يتعين أى من هذه الديون المتعددة تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع .

= التقنين المدنى السورى : م ٣٤٢ – ٣٤٣ (مطابقتان للمادتين ٣٤٤ – ٣٤٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٣١ – ٣٣٢ (مطابقتان للمادتين ٣٤٤ – ٣٤٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ١/٣٩٣ : إذا دفع المدين أحد دينين واجبين فى ذمته ، وكان أحدهما مطلقاً والآخر مشمولا بكفالة أو برهن ، أو كان أحدهما قرضاً والآخر ثمن مبيع ، أو كان أحدهما مشتركاً والآخر خاصاً ، أو كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه ، واختلف الطرفان فى وجهة الدين ، يعتبر قول المدين فى تعيين جهة الدفع . (وهذا الحكم يتفق فى مجموعه مع حكم التقنين المصرى : أنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٩٥ – فقرة ٢٩٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣٠٧ : إذا كان على المديون الواحد عدة ديون لدائن واحد ، فللمديون أن يصرح عند الإيفاء بالدين الذى يريد إيفاءه – وإذا لم يصرح ، فالخيار للدائن بشرط أن يعمد إليه بلا تأخير فى سند الإيصال نفسه ، ما لم يعترض عليه المديون . (وهذا النص يتفق فى حكمه مع نص التقنين المصرى فى مشروعه التمهيدى) .

م ٣٠٨ : لخيار المديون بعض القيود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الإيفاء الجزئى أن يجعل هذا الإيفاء لرأس المال قبل أن يوفى الفوائد ، ولا أن يفضل إيفاء دين غير مستحق الأداء على دين مستحق . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى) .

م ٣٠٩ : إذا يكن هناك تخصيص صريح من قبل أحد المتعاقدين وجب أن يعد الإيفاء مختصاً بالدين المستحق الأداء لا بالدين الذى لم يحل أجله ، وإذا وجدت عدة ديون مستحقة الأداء فيخصص الإيفاء بالدين الذى يكون من مصلحة المديون أن يوفيه قبل غيره ، وإلا فبالدين الذى يكون أثقل عبئاً من سواه . وعند انتفاء كل سبب آخر للتقدير يشمل الإيفاء الديون على اختلافها بنسبة مقاديرها .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى فى مشروعه التمهيدى) .

(١) فلا بد من سبق وجود الدين (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الخاصة باستنزال الديون لا تسرى إلا فى حالة =

وظاهر من النصوص المتقدمة الذكر أن تعيين الدين المدفوع يوكل أولا للمدين ، ثم للقانون وقد وضع لتعيينه قاعدة الدين الحال الأشد كلفة ، ثم للدائن(١) .

٤٥٣ — تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين : لما كان المدين يملك أن يجبر الدائن على استيفاء الدين مادام الوفاء صحيحا ، فانه إذا تعددت الديون ، ووفى المدين بعضاً منها ، ملك بطبيعة الحال أن يعين أياً من هذه الديون هو المدفوع . ذلك أن الدين الذى يعينه يملك كما قدمنا أن يجبر الدائن على استيفائه ، فيملك أن يعين أنه هو الدين المدفوع(٢) .

فالمدين إذن هو الذى يعين الدين المدفوع عند الوفاء ، وكلمته هى العليا فى هذا التعيين(٣) . ولكن ذلك مقيد بأن يكون التعيين حاصلا وقت الدفع ، وبألا يكون هناك مانع اتفاقى أو قانونى يحول دون هذا التعيين كما تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٤ . ويقوم المانع الاتفاقى إذا كان ، عند الدفع ، اتفق الدائن والمدين على أن المدفوع هو دين معين ، فلا يملك أى من المدين ولا الدائن ، بارادته المنفردة ، أن يعين ديناً آخر(٤) . وكذلك يقوم المانع الاتفاقى إذا كان المدين والدائن قد اتفقا مقدماً قبل الوفاء على ترتيب الديون فى الدفع ، فيجب حينئذ على المدين أن يسير فى دفع ديونه على هذا الترتيب ،

= تعدد الديون التى تكون مستحقة لدائن واحد . أما إذا تزاحم دائنون متعددون على مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلا ، فالأمر فى ذلك . يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الغرماء (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٣٣) .

(١) ولا يجوز أن يترك التعيين لمحض تحكم أحد الطرفين بحسب الظروف (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٠) .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٣ .

(٣) وكالمدين فى تعيين جهة الدفع الكفيل (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥) .

(٤) استئناف وطنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٢٣٣ — استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣٣ .

ولا يملك عند الوفاء أن يعين ديناً غير الدين الواجب الدفع وفقاً للترتيب المتفق عليه(١) .

أما المانع القانونى فيقوم فى الأحوال الآتية (٢) : (١) لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن . فان الدائن لا يجبر فى هذه الحالة على استيفاء الدين ما دام الأجل لمصلحته ولم يقبل النزول عنه . (٢) ولا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً أكبر قيمة من المبلغ المدفوع ، لأنه يكون فى هذه الحالة قد أجبر الدائن على قبول وفاء جزئى . والدائن لا يجبر كما قدمنا على قبول الوفاء الجزئى . (٣) ولا يجوز أخيراً ، إذا كان الدين المدفوع يشتمل على فوائد ومصروفات ، أن يجعل المدين المبلغ المدفوع من أصل الدين أولا قبل المصروفات والفوائد . فسنرى أن الواجب قانوناً فى هذه الحالة أن يستنزل المبلغ المدفوع أولا من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين(٣) .

فاذا لم يوجد مانع اتفاقى أو قانونى ، كان المدين حراً فى تعيين الدين المدفوع. فله أن يصرح وقت الوفاء أن الدين الذى يدفعه هو الدين الذى ينتج فوائد دون الدين الذى لا ينتج فوائد طبقاً لمصلحته ، أو أنه الدين المضمون برهن أو كفالة دون الدين غير المضمون . وقد يعين الدين الذى لا ينتج فوائد إذا قدر أن مصلحته فى ذلك ، بأن يكون هذا الدين مثلا مضموناً برهن أو كفالة ، أو بأن تكون مدة التقادم فيه مدة أطول من المدة التى يتقادم بها دين آخر . وقد يعين ديناً ينتج فوائد دون دين مضمون برهن أو كفيل . ونرى من ذلك أن المدين ، فى تعيينه الدين المدفوع ، ليس مقيداً بمراعاة مصلحة الغير ، فليس عليه أن يقدم فى الدفع ديناً يشترك معه فيه مدينون متضامنون ، أو ديناً غير قابل للتجزئة ،

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٨ — ويجوز للطرفين ، بعد أن اتفقا على تعيين جهة الدفع ، أن يغيرا هذا التعيين باتفاق جديد فيعينا ديناً آخر جهة للدفع ، على ألا يكون فى ذلك إضرار بالغير . فإذا كان الدين الذى تم الاتفاق عليه أولا مضموناً بكفيل شخصى أو عينى ، وانقضت الكفالة بتعيين هذا الدين جهة للدفع ، لم يجز للطرفين باتفاق جديد أن يعينا ديناً آخر جهة للدفع ، لأن ذلك يترتب عليه إحياء الدين الأول ورجوع الكفالة من جديد فيتضرر الكفيل (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٠ ص ٢٦١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٩ .

أو ديناً له فيه كفيل (١) . فمصلحته ، لا مصلحة الغير ، هى التى يرعاها ، وله أن يقدم فى الدفع على هذه الديون جميعاً ديناً ينتج فوائد إذ هو أثقل عبئاً عليه(٢) .

٤٥٤ — تعيين الدين المدفوع بواسطة القانون : فاذا لم يعين المدين وقت الدفع أى دين هو الدين المدفوع ، فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يكل التعيين إلى الدائن بشروط معينة(٣) ، ولكن عدل ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ ، ووكل التعيين إلى القانون ، ما دام المدين وقت الدفع لم يعين بنفسه الدين المدفوع ، وعلى هذا سار التقنين الجديد .

---

(١) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٦ .

(٢) وكل هذا مقيد بالا يتعسف فى استعمال حقه فى تعيين الدين المدفوع إضراراً بحقوق الغير ، ككفيل شخصى أو عينى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٣ ص ٦١٠) .

وقد قدمنا أن المدين يجب أن يعين جهة الدفع عند الوفاء لا بعده ، وإلا كانت جهة الدفع هى التى يعينها القانون ، أى الدين الحال الأشد كلفة على المدين (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٨ — ٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٢) .

ومتى عين جهة الدفع ، فلا يجوز له أن يعدل عن هذا التعيين ليعين جهة أخرى دون رضاء الدائن أو إضراراً بحقوق الغير (استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧) .

(٣) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدى كانت تنص على ما يأتى : « فإذا لم يعين المدين الدين ، خصم ما أداه من حساب الدين الذى يعينه الدائن فى المخالصة ، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين ، أو كان التعيين قد صدر عن غش أو مباغتة من الدائن » (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٤ مدنى آنفاً فقرة ٤٥٢ فى الهامش) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه الفقرة الملغاة ما يأتى : « فإذا لم يعين المدين الدين الذى يريد قضاءه ، كان للدائن نفسه أن يتولى التعيين فى المخالصة مثلا ، إلا أن هذا التعيين لا يقيد المدين إلا إذا سكت عن الاعتراض عليه . بيد أنه يتعين على الدائن ألا يتوسل بالتدليس أو المباغتة لابتعاث هذا السكوت ، أو القبول الضمنى بعبارة أخرى — ويتضح من ذلك أن تعيين المدين يعتبر من قبيل ما ينعقد من التصرفات بإرادة منفردة ، فى حين أن تعيين الدائن تعاقد لا يتم إلا بتلاقى إرادتين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ — ص ٢٢٠) .

وهذه الفقرة الملغاة كانت تتضمن الحكم الذى تضمنته المادة ١٢٥٥ من التقنين المدنى الفرنسى (انظر فى تفسير هذه المادة فى التقنين الفرنسى : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٤ — فقرة ١٥٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٤) .

وقد وضع هذا التقنين قاعدة لتعيين الدين المدفوع فى هذه الحالة ، فقرر فى المادة ٣٤٥ أنه إذا لم يعين المدين الدين المدفوع ،كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين(١) .

ونرى من ذلك أن الديون المتعددة إذا كان بعضها قد حل وبعضها لم يحل ، فان القانون يفترض ، متمشياً فى ذلك مع الارادة الضمنية لكل من الدائن والمدين ، أن الدين المدفوع هو الدين الذى حل أجله لا الدين الذى لم يحل(٢) ، سواء فى ذلك كان الأجل لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين أو لمصلحتهما معاً . والقانون لا يشترط فى تأخير الدين المؤجل أن يكون الأجل لمصلحة الدائن إلا فى حالة ما إذا تولى المدين وقت الوفاء تعيين الدين المدفوع ، فقد رأينا أنه لايستطيع أن يعين ديناً لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن .

فاذا تعددت الديون الحالة(٣) ، افترض القانون أن المدين ، وهو الذى يملك فى الأصل تعيين الدين المدفوع ، قد دفع الدين الأشد كلفة عليه لأن هذه هى مصلحته . ومعرفة أى الديون أشد كلفة على المدين مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض(٤) . والواضح أن الدين الذى ينتج فائدة هو أشد كلفة على المدين من الدين الذى لا ينتج فائدة . وبين الديون

---

(١) استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٤٩ — ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٦ — استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٨ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦ — ذلك أن المفروض هو أن المدين أراد الوفاء بالدين الحال فهو الذى يستطيع الدائن أن يطالبه به ، والمفروض كذلك أن الدائن أراد استيفاء الدين الحال فهو الذى يستطيع إجبار المدين على دفعه . ومن ثم لا يصح أن تكون جهة الدفع التزاماً طبيعياً ، لأن الالتزام الطبيعى لا يمكن إجبار المدين على دفعه . كذلك تكون جهة الدفع هى الدين الحال حتى لو كان هذا الدين لا ينتج فوائد وكان الدين غير الحال هو الذى ينتجها ، ولا عبرة هنا بمصلحة المدين أو بالدين الأشد كلفة ما دامت جهة الدفع تدور بين دين حال ودين غير حال (ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٦ — هيك ٨ فقرة ٨٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٩) .

(٣) أو كانت الديون كلها لم تحل ، وعندئذ لا مجال لتقديم دين حال ، وإنما يقدم الدين الأشد كلفة على المدين ، لا الدين الذى يحل أولا ، لأن هذه هى مصلحة المدين فتنصرف إليها إرادة المدين المفترضة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة ثانياً) .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة أولا .

التى تنتج فوائد أشدها كلفة الدين المضمون بكفيل أو برهن أو بأى تأمين آخر ، لأن المدين إذا وفى هذا الدين لم يقتصر على إبراء ذمتـه نحو الدائن ، بل هو يبرىء ذمتـه فى الوقت ذاته نحو الكفيل أو هو يفك الرهن أو يزيل التأمين(١) . وكذلك الدين المضمون بدعوى فسخ ، كثمن المبيع ، أشد كلفة من الدين المطلق غير المضمون بهذه الدعوى ، كدين قرض غير مضمون بتأمين . والدين الذى لا يتقادم إلا بمدة طويلة أشد كلفة من الدين الذى يتقادم

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ — ١٢ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ . أما إذا كان الدين مضموناً فى جزء منه دون الجزء الآخر ، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المضمون . ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئى ، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المضمون . فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئى ، فلأنه يستوفى به الجزء غير المضمون من الدين ، مستبقياً الجزء المضمون إذ هو موثق بالضمان (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٣٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٩٠) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد يقع أن يكون شق من الدين مضموناً بتأمين خاص ، وفى هذه الحالة يخصم ما يؤدى من حساب هذا الشق أو من حساب الشق المضمون وفقاً لنية المتعاقدين . فإذا لم تكن ثمة نية صريحة أو ضمنية ، فالمفروض أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزئى إلا على أن يخصم من حساب الشق غير المضمون . وقد أقر تقنين الالتزامات السويسرى هذا الحكم ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٥ على أنه : إذا كان الدائن قد حصل على كفالة أو رهن أو أى تأمين آخر لضمان شق من الدين ، فليس للمدين أن يخصم الوفاء الجزئى من حساب الشق المضمون من هذا الدين أو من حساب الشق الأوفى ضماناً منه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الدين مكفولا فى جزء منه ، فإن جهة الدفع فى الوفاء الجزئى انما تنصرف إلى الجزء غير المكفول (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٧) . على أن هذا الحكم مقصور على ما إذا كان الدين مضموناً فى جزء منه . أما إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وكان دين منهما مضموناً والآخر غير مضمون ، فجهة الدفع تنصرف إلى الدين المضمون ، لأن المدين كان يستطيع إجبار الدائن على استيفاء هذا الدين ، بخلاف الجزء المضمون من الدين فلم يكن المدين يستطيع إجبار الدائن على استيفائه إذ يكون هذا وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما مكفول والآخر غير مكفول ، كان الوفاء للدين المكفول (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين المكفول أشد كلفة (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٤٩) — وقضت أيضاً بأن الدين المضمون بحق اختصاص أشد كلفة (١٣ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٢).

بمدة قصيرة . والدين الثابت فى سند تنفيذى أشد كلفة من الدين الذى ينقصه هذا السند(١) . على أن تقدير أى الديون هو أشد كلفة على المدين يرجع فيه إلى ظروف المدين ذاتها ، ومن ثم يكون الأمر موكولا إلى محكمة الموضوع كما تقدم القول .

٤٥٥ — تعيين الدين المدفوع بواسطة الدائن : فاذا تعددت الديون الحالة ، وتعادلت جميعاً فى عبئها على المدين فلم يمكن استخلاص أيها أشد كلفة عليه ليكون هو الدين المدفوع ، فقد جعل القانون القول فى تعيين الدين المدفوع للدائن ، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٥ مدنى : « فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن » . والمفروض فى ذلك أن المدين لم يعين وقت الوفاء الدين المدفوع ، ولم يكن هناك ترتيب متفق عليه بينه وبين الدائن ، وقد تساوت الديون فى الحلول وتعادلت فى العبء على المدين . فوكل القانون للدائن فى هذه الحالة أن يعين الدين المدفوع ، بعد أن تخلى المدين عن هذه المهمة ولم تكن له مصلحة ظاهرة فى أن يعين ديناً دون آخر ، إذ قد يكون للدائن مصلحة فى استيفاء دين دون آخر . وتعيين الدائن الدين المدفوع لا يكون وقت الوفاء بل يكون بعد ذلك ، فقد قدمنا أن المدين

---

(١) كذلك الدين المضمون بشرط جزائى أشد كلفة من الدين غير المصحوب بهذا الشرط ، والدين المرفوع به دعوى أشد كلفة من دين لم يطالب به الدائن ، ودين لا نزاع فيه أشد كلفة من دين فيه نزاع (انظر فى هذا كله : استئناف مختلط ٥ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥ — ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٣ — تولييه ٧ فقرة ١٧٩ — ديرانتون ١٢ فقرة ١٩٩ — لوران ١٧ فقرة ٦٠٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠)— وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدين عليه دينان يتضامن فى أحدهما مع الغير ، فالدين الأشد كلفة هو الدين الآخر ، لأن الدين التضامنى قد لا يقصد هو أولا فى الوفاء به (٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٩٥ ص ٢٥٠) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا دفع المستأجر بعض الأقساط المتأخرة ، فالمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء إلا خصما من الأقساط الأقدم ، ما لم يثبت المدين غير ذلك (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٣) .

هو الذى يعين الدين المدفوع وقت الوفاء ، فان لم يعينه فى هذا الوقت تكفل القانون بتعيينه وفقاً للقواعد التى أسلفناها . ثم يأتى دور الدائن فى التعيين أخيراً ، أى بعد وقت الوفاء لا فى هذا الوقت .

وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الخصم فى الحالة التى نحن بصددها من الديون جميعاً بنسبة كل منها ، وهذا هو الحكم الذى سار عليه التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٢٥٦ ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت عن هذا الحكم إلى جعل التعيين للدائن(١) .

والتعيين فى هذه الحالة يكون للدائن ، دون اعتبار لقدم الدين أو لحداثته(٢) ، ودون اعتبار لميعاد حلوله(٣) ، أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٦) فيجعل الدين المدفوع هو الدين الأقدم (la dette la plus ancienne) ، أى السابق فى الوجود لا السابق فى الحلول ، فاذا تساوت الديون فى الوجود جعل التقنين المدنى الفرنسى الخصم من الديون جميعاً بنسبة كل منها كما قدمنا(٤) .

---

(١) وقد رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « فإذا تساوت الديون فى الكلفة ، فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٥ آنفاً فقرة ٤٥٢ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه العبارة ما يأتى : « فإن لم تتفاوت فى الشدة فمن حسابها جميعاً بنسبة كل منها . وغنى عن البيان أن هذه القوانين تتمشى مع المعقول ، وهى بعد مقررة فى نصوص التقنين الحالى (السابق) . وقد وردت فى نصوص بعض التقنينات قرائن أخرى ، منها ما يجعل البداءة للدين الأقل ضماناً ، ومنها ما يجعلها للدين الأقدم نشوءاً أو استحقاقاً ، ولكن هذه القرائن تستهدف جميعاً للنقد من وجوه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢) .

(٢) قارن : استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٩ — ومع فقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق أن الديون التى للمدين زيادة منفعة فى وفائها هى الديون التى قد يجبر على أدائها بالحبس أو الديون المقرر عليها فائدة أكبر أو التى لها حق امتياز أو حق رهن . ومن المقرر أيضاً أنه فى حالة تعارض جملة ديون ، للمدين زيادة منفعة فى أدائها ، يجب أن يحصل الاستنزال من أقدمها (٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٣ ص ٦٤) . انظر أيضاً : استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٥ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ — وقارب : ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٢ .

(٣) انظر : استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٨ .

(٤) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٣ — فقرة ١٥٩٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٥ .

المبحث الثانى

ما يتبع الشىء الموفى به من ملحقات

٤٥٦ — الفوائد والمصروفات ونفقات الوفاء — النصوص القانونية : وقد يتبع الشىء الموفى به ملحقات ، وهذه هى الفوائد والمصروفات ، ولا بد من وفائها مع أصل الدين على نحو معين نص عليه القانون . كذلك يحمل القانون المدين نفقات الوفاء ، فلا بد من دفعها مع الدين ذاته . ونورد هنا النصوص القانونية الخاصة بهذه المسائل :

تنص المادة ٣٤٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره(١) » .

= ولا يكون دليلا على تقديم دين فى الدفع أن يكون المبلغ المدفوع معادلا لهذا الدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٢) .

ويلاحظ أن المادة ١٨٤٨ مدنى فرنسى تقضى بأنه إذا كان الشريك هو والشركة معاً دائنين لمدين واحد ؛ وقبض الشريك مبلغاً من المدين ، وجب أن يخصم هذا المبلغ من الدين الذى له والدين الذى للشركة بنسبة مقدار كل منهما ، حتى لو كتب فى المخالصة أن المبلغ كله يخصم من الدين الذى له . أما إذا كتب أن المبلغ كله يخصم من الدين الذى للشركة ، صح ذلك . ويسرى هذا الحكم فى شأن كل نائب يكون هو والأصيل دائنين لمدين واحد (بنسار Ponsard فى أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ paiement فقرة ٢٢٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٦ — ص ٢١٨) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٧٣/٢٣٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « يبدأ الاستنزال بالمصاريف والفوائد قبل الخصم من رأس المال » . وهو حكم مطابق لحكم التقنين المدنى الجديد .

=

وتنص المادة ٣٤٨ على ما يأتى :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك(١) » .

٤٥٧ — الفوائد والمصروفات : إذا تضمن الشيء الموفى به ملحقات — وأكثر ما تكون هذه الملحقات هى الفوائد والمصروفات — أصبح الدين

= ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٠ (وهى مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدنى المصرى) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٠ (وهى أيضاً مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدنى المصرى) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٩٣ (وهى كذلك مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدنى المصرى) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٠٨ ، وتجرى على الوجه الآتى : « لخيار المديون بعض القيود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الايفاء الجزئى أن يجعل هذا الايفاء لرأس المال قبل أن يوفى الفوائد . . . » (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى ، وإن أغفل ذكر المصروفات ، ولكن المصروفات تدفع قبل الفوائد طبقاً للقواعد العامة) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . على أنه إذا زادت هذه النفقات لسبب يرجع إلى الدائن ، فهو الذى يتحمل هذه الزيادة » . وفى لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة من المادة لأنها « حكم تفصيلى مستفاد من القواعد العامة » . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٣٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣٤/١٧١ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « مصاريف الوفاء تكون على المتعهد » . وهو حكم متفق مع حكم التقنين المدنى الجديد .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٦ (وهى مطابقة للمادة ٣٤٨ من التقنين المدنى المصرى) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٥ (وهى أيضاً مطابقة للمادة ٣٤٨ من التقنين المدنى المصرى) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٩٨ ، وتجرى على الوجه الآتى : « نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضى بغير ذلك » . والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٠٤ ، وهى تجرى على الوجه الآتى : « تكون نفقات الايفاء على عاتق المديون » . والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى ، وما ورد فى هذا التقنين الأخير من جواز الاتفاق أو النص على ألا تكون نفقات الايفاء على عاتق المدين يعمل به دون شك فى لبنان ، دون حاجة إلى نص خاص ، لأنه تطبيق للقواعد العامة .

وملحقاته كلا لا يقبل التجزئة ، ولم يجز للمدين بغير رضاء الدائن أن يوفى بأصل الدين وحده أو بالفوائد وحدها أو بالمصروفات وحدها ، فان هذا كله يكون وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله . بل يجب على المدين . إذا كان أصل الدين قد حل مع فوائده ، أن يدفع الدين والفوائد والمصروفات جميعاً فى وقت واحد لأن هذا كله دين واحد لا يتجزأ عند الوفاء(١) .

على أن الدائن قد يقبل من المدين وفاء جزئياً . وفى هذه الحالة ، إذا لم يوجد اتفاق على ترتيب آخر ، يخصم المبلغ المدفوع من الدين وفوائده ومصروفاته على الترتيب الآتى : (١) يخصم أولا من المصروفات(٢) . (٢) فان بقى شىء من المبلغ المدفوع بعد الوفاء بالمصروفات ، خصم من الفوائد(٣) . (٣) فان بقى بعد ذلك شىء من المبلغ المدفوع ، خصم من أصل الدين(٤) . تلك هى مصلحة الدائن ، والمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئى إلا وفقاً لمصلحته هو لا وفقاً لمصلحة المدين(٥) .

٤٥٨ — نفقات الوفاء : ونفقات الوفاء غير نفقات الدين ، فهذه قد صرفت فى سبيل إنشاء الدين ، أما الأولى فقد صرفت فى سبيل الوفاء به . والاثنتان يتحملهما المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . وعلى المدين أن يفى بالدين وفوائده ومصروفاته ومصروفات الوفاء جملة واحدة ، فاذا لم

---

(١) وهذا بخلاف ما إذا كانت هناك ديون متعاقبة ، كأقساط أو أجرة عن مدد متتالية ، فالديون هنا متعددة ، ويجوز للمدين إجبار الدائن على استيفاء كل منها على حدة (أنظر آنفاً فقرة ٤٥٠) .

(٢) استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٥ — وتشمل المصروفات نفقات فك الرهن الضامن للمدين المدفوع (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٤ مكررة ثالثا) .

(٣) وتشمل الفوائد التأخيرية منها والتعويضية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٠) .

(٤) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧ .

(٥) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ — ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١١٧ — وإذا دفع المدين مبلغاً لخصمه من المصروفات والفوائد ، وزاد المبلغ المدفوع على ما هو مستحق من ذلك ، خصم الزائد من أصل الدين فلا يسترده المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ٦٨٦) .

يوف بها كاملة لم يجبر الدائن على قبول هذا الوفاء الجزئى .

ومن أمثلة نفقات الوفاء نفقات إرسال الدين إلى الدائن، ونفقات المخالصة، ونفقات الشيك أو حوالة البريد ، ونفقات الوزن والعد والكيل ، فهذه كلها يتحملها المدين ما لم يتفق على أن الدائن هو الذى يتحملها (١) .

وكما قد يقضى الاتفاق بأن تكون نفقات الوفاء على الدائن . كذلك قد يقضى القانون بهذا . مثل ذلك حالة ما إذا عرض المدين على الدائن الدين عرضاً حقيقياً وأودعه على ذمته ، فان نفقات العرض والإيداع تكون على الدائن : انظر المادة ٣٣٥ مدنى وقد سبق ذكرها (٢) .

الفرع الثانى

الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء

المبحث الأول

الزمان الذى يتم فيه الوفاء

٤٥٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٥ ص ٥٦٧ — وإذا كانت نفقات التسليم على المدين ، فإن نفقات التسلم على الدائن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٣) . وإذا كان الدين واجب الدفع فى موطن المدين ، فإن نفقات إرساله إلى موطن الدائن تكون على الدائن (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٨) .

(٢) ومثل ذلك أيضاً ما إذا زادت النفقات لسبب يرجع إلى الدائن ، فإن القانون يقضى فى هذه الحالة بأن الدائن هو الذى يتحمل هذه الزيادة لأنه هو المتسبب فيها بخطئه . فإذا أضاع الدائن الشيك الذى حرره له المدين ، واقتضى الأمر الإعلان عن الشيك الضائع وتحرير شيك جديد ، فإن المصروفات الزائدة تكون على الدائن . وقد كان المشروع التمهيدى يشمل على عبارة فى هذا المعنى حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (أنظر تاريخ نص المادة ٣٤٨ آنفاً فقرة ٤٥٦ فى الهامش) .

« ١ — يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

« ٢ — على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم(١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣١/١٦٨(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٣ — وفى التقنين المدنى العراقى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك ، ومع مراعاة ما للقاضى من حق فى إمهال المدين » . وفى لجنة المراجعة جعلت المادة من فقرتين ، وخصصت الفقرة الثانية لنظرة الميسرة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٣٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على الفقرة الأولى بأنها تحتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ، مع أنه من الجائز أن يترتب الدين فى ذمة المدين ولكن لا يحل أجله بسبب تعلقه بشرط أو أجل . فأجيب على هذا الاعتراض بأن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى قد واجهته لأنه إذا وجد اتفاق معلق على شرط أو مقرون بأجل فلا يتحتم الوفاء إلا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط . ثم اعترض على الفقرة الثانية بأنها تعطى القاضى رخصة منح أجل للمدين للوفاء بالتزامه إذا لم يلحق الدائن من هذا الأجل ضرر جسيم ، فالنص على قيد الضرر الجسيم يلغى الرخصة التى أعطيت للقاضى فى منح المدين حسن النية سيء الحظ أجلا للسداد ، ويحسن ترك الأمر للقاضى يقارن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين فى هذه الحالة . فأجيب على الاعتراض بأن تأخير الوفاء إلى أى أجل قد يضر بالدائن ضرراً جسيماً ، كأن يكون معولا على استيفاء هذا الدين وإلا كان معرضاً للإفلاس ، وفى مثل هذه الحالة نكون قد أصبنا صاحب الحق بضرر جسيم رفقاً بالمدين المطالب بالالتزام . ووافقت اللجنة على بقاء المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٣٤٦ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين ، وأن يحصل فى الوقت والمحل المعينين ، وألا يكون ببعض المستحق . إنما يجوز للقضاة فى أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط بميعاد لائق ، إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

المادتين ٣٩٤ - ٣٩٥ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٠٣ و١١٥-١١٦(١) .

٤٦٠ — الأصل فى الالتزام أنه يؤدى فوراً : الأصل أن الالتزام متى ترتب فى ذمة المدين على وجه بات نهائى، فانه يكون واجب الأداء فوراً . فنى عقد البيع يترتب فى ذمة المشترى التزام بدفع الثمن ، ويترتب فى ذمة البائع التزام بتسليم الشىء المبيع ، وكلا الالتزامين بترتبه فى ذمة المدين يكون واجب الأداء فى الحال ، مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك .

ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائياً فى ذمة المدين إذا كان معلقاً على شرط

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٤٤ (مطابقة للمادة ٣٤٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٣٣ (مطابقة للمادة ٣٤٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٩٤ : ١ – إذا أجل الدين أو قسط إلى أقساط معلومة ، فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله . ٢ – فإذا لم يكن الدين مؤجلا ، أو حل أجله ، وجب دفعه فوراً . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة، إذا لم يمنعها نص فى القانون ، أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم .

م ٣٩٥ : ١ – إذا كان الدين مؤجلا ، فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل إذا كان الأجل متمحضاً لمصلحته ، ويجبر الدائن على القبول . ٢ – فإذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل ، ثم استحق المقبوض ، عاد الدين كما كان .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٠٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣٠٣ لا يجوز إجبار الدائن على قبول الايفاء قبل الأجل إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المديون وحده — وإذا لم يكن هناك أجل معين أو مستفاد ضمناً من ماهية القضية ، فيمكن تنفيذ الموجب وطلب هذا التنفيذ بلا تأخير — ويجب التنفيذ فى يوم الاستحقاق مع مراعاة أحكام المادة ١٠٥ (المادة ١٠٥ : إذا كان الاستحقاق واقعاً فى يوم عطلة قانونية ، أرجىء إلى اليوم التالى الذى لا عطلة فيه) .

م ١١٥ : للقاضى أن ينظر بعين الاعتبار إلى حالة المديون إذا كان حسن النية ، فيمنحه مع الاحتياط الشديد مهلا معتدلة لايفاء الموجب، ويأمر بتوقيت المداعاة مع إبقاء كل شىء على حاله، ما لم يكن ثمة نص قانونى مخالف .

م ١١٦ : خلافا للأجل القانونى لا يحول الأجل الممنوح دون إجراء المقاصة عند الاقتضاء. (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى) .

واقف ، بل يجب انتظار تحقق الشرط . فاذا ماتحقق ، فقد أصبح الالتزام نافذاً في الحال ، ووجب أداؤه فوراً . أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ ، فهو نافذ في الحال ، ويجب أداؤه فوراً . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في الشرط وفي الأجل .

٤٦١ - متى يتراخى الوفاء بالالتزام - اتفاق أو نص في القانون : وتقرر الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدني ، كما رأينا ، فورية أداء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

أما الاتفاق فيقع كثيراً ، وبموجبه يكون للالتزام واجب الأداء بعد ترتبه في ذمة المدين بمدة معينة ، وهذا ما يسمى بالأجل الواقف(١) ، وقد سبق بحثه تفصيلا عند الكلام في الأجل .

وأما نص القانون فمثله ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية ، فقد نصت المادة ٢٢٦ مدني على أنه « إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية . وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » . فميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية قد عينه القانون هنا ، وهو وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد ، ومن هذا الوقت تترتب الفوائد في ذمة المدين ويجب الوفاء بها فوراً يوماً بيوم .

ومثل آخر لنص في القانون يعين وقت الوفاء بالالتزام النص الخاص بدفع أجرة الحكر . فقد نصت المادة ١٠٠٣ مدني على ما يأتي : « ١ - على المحتكر

---

(١) والمفروض فيه أنه لمصلحة المدين ، فيجوز له النزول عنه والوفاء بالالتزام فوراً ، إلا إذا تبين من الظروف أنه لمصلحة الطرفين معاً ، ففي هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يوفي الالتزام ولا للدائن أن يطلب استيفاءه إلا عند حلول الأجل (استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩٥) . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في الأجل .

أن يؤدى الأجرة المتفق عليها إلى المحكر . ٢ – وتكون الأجرة مستحقة الدفع فى نهاية كل سنة ، ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك » .

وقد يكل القانون تحديد وقت الوفاء إلى العرف ، كما فعل فى تحديد مواعيد دفع الأجرة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٦ مدنى على أنه « يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة فى المواعيد المتفق عليها ، فاذا لم يكن هناك اتفاق وجب وفاء الأجرة فى المواعيد التى يعينها عرف الجهة » .

٤٦٢ – تحديد القاضى وقت الوفاء – نظرة الميسرة (*) : وكما يتكفل الاتفاق أو القانون أو العرف بتحديد وقت الوفاء ، كذلك القاضى قد يقوم هو نفسه بتحديد ميعاد الوفاء إذا أعطى للمدين أجلا أو آجالا يفى فيها بالدين . وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة (délai de grâce) .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى المبدأ العام والشروط الواجب توافرها لنظرة الميسرة ، وسنفصل ذلك فيما يلى . وطبقت المادة ٩٨٢ مدنى نظرة الميسرة تطبيقاً خاصاً فيما يتعلق باسترداد المصروفات ، فنصت على أنه « يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » . وطبقت المادة ٩٢٧ مدنى نفس الحكم فى التعويض

---

* مراجع : لاباتى (Labatut) فى نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ – جودان دى لاجرانج (Gaudin de Lagrange) فى أزمة العقد ومهمة القاضى رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ – ميلوياك (Miloac) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ – دفو (Deveau) فى نظرة الميسرة فى التقنين المدنى وفى التشريع المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – بانزييه (Pansier) فى نظرة الميسرة رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ – سارا كاريه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – رولان تكسييه (Roland Texier) فى نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – لورين (Laurain) فى نظرة الميسرة وتدبير الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ .

المستحق لمن أقام منشآت بمواد من عنده على أرض مملوكة للغير .

ونبحث نظرة الميسرة فى مسائل ثلاث : (١) شروط منح القاضى لنظرة الميسرة (٢) الآثار التى تترتب على نظرة الميسرة (٣) سقوط الأجل فى نظرة الميسرة(١) .

٤٦٣ — شروط منح القاضى لنظرة الميسرة : يتبين من نص الفقرة الثانية من المادة ٤٣٦ مدنى أن هناك شروطاً أربعة ، إذا توافرت جاز للقاضى أن يمنح المدين نظرة الميسرة . ويتبين أيضاً أن الأمر فى نظرة الميسرة يرجع إلى تقدير قاضى الموضوع ، وأن القاضى قد يمنح المدين نظرة الميسرة سواء أثناء نظر الدعوى التى يرفعها الدائن على المدين يطالبه بالدين أو أثناء إجراءات التنفيذ التى يباشرها الدائن بموجب سند رسمى ، وأن جواز منح القاضى لنظرة الميسرة أمر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على سلب القاضى إياه .

أما الشروط الأربعة الواجب توافرها حتى يجوز للقاضى منح المدين نظرة الميسرة فهى :

(١) أن تكون حالة المدين تستدعى أن يمنحه القاضى نظرة الميسرة . فيجب أن يكون حسن النية فى تأخره فى الوفاء بالتزامه : بأن يكون عاثر الحظ لا متعمداً عدم الوفاء ولا مقصراً فى ذلك . ولا يجوز أن يكون معسراً ، وإلا فلا جدوى من منحه هذه النظرة . بل يجب أن يكون عنده من المال ما يكفى للوفاء بالتزامه ، وليس فى مقدوره موقتاً أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء ، كأن يكون المال عقاراً أو منقولا يتعذر بيعه فى الحال ، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم لذلك . أو يكون للمدين موارد يقتضيها فى مواعيد متعاقبة ، كأجر عمله أو ريع ملكه ، وهى كافية للوفاء لو قسط القاضى عليه الدين(٢) .

---

(١) انظر فى تاريخ نظرة الميسرة فى القانون الفرنسى القديم وكيف انتقلت إلى التقنين المدنى الفرنسى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٢ — فقرة ١٤٨٤ .

(٢) ويقول بودرى وبارد إن العناصر الرئيسية التى يقدر القاضى بمقتضاها حالة المدين ، ليتعرف هل تستدعى هذه الحالة نظرة الميسرة ، هى حسن نية المدين ، ورغبته فى الوفاء بدينه ، وأن الضيق الذى أحاط به أمر موقت ، وأن موارده كافية فى النهاية للوفاء بدينه ، وأنه يتخذ =

(٢) ألا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة ضرر جسيم . فاذا كان فى نظرة الميسرة مايصيب الدائن بضرر جسيم ، كأن يكون قد اعتمد على استيفاء الدين ليفى هو ديناً عليه لايستطيع التأخر فى الوفاء به ، أو كانت نظرة الميسرة تفوت عليه صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم ، فليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن(١) .

(٣) ألا يقوم مانع قانونى من نظرة الميسرة . ومن النصوص القانونية التى تحول دون منح نظرة الميسرة مانصت عليه المادة ١٥٨ مدنى من أنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لايعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » . فى هذه الحالة لايجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا للوفاء . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٦١ مدنى من أنه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً ، دون حاجة إلى إعذار ، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد ، إذا اختار البائع ذلك ، وهذا مالم يوجد اتفاق على غيره » . فهذا النص يمنع القاضى من منح المشترى نظرة الميسرة إن تأخر فى دفع الثمن عند حلول الميعاد . ومثل ذلك أخيراً مانص عليه التقنين التجارى من عدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بموجب كمبيالة ، فقد نصت المادة ١٥٦ من هذا التقنين على أنه « لايجوز للقضاة أن يعطوا مهلة بدفع قيمة الكمبيالة » . ويسرى هذا الحكم أيضاً على السندات الإذنية والسندات لحاملها (م ١٨٩ تجارى) .

(٤) أن يكون الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين فى نظرة الميسرة أجلا

= من التدابير ما ييسر له هذا الوفاء ، وأنه وفى فعلا ما أمكنه الوفاء به من الدين ، وأن الوفاء فوراً بكل الدين يلحق به ضرراً جسيما ، وأنه قدم للدائن الضمان الكافى للحصول على حقه ، ثم ما عسى أن يوجد بين المدين والدائن من وشائج القرابة أو الصهر أو المودة ، وما عسى أن يكون للمدين عند الدائن من أياد سابقة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٨ – ص ٥٨٩).

(١) استئناف وطنى ١١ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٣ ص ٣٠ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٩ .

معقولا . فلا يجوز أن يمنح القاضى المدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه ، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضرورى ليتمكن المدين من الوفاء . وقد حدد التقنين المدنى الفرنسى - ٢/١٢٤٤ من هذا التقنين بعد تعديلها (١) - هذا الأجل بمالا يزيد على سنة واحدة . ولا يوجد فى التقنين المدنى المصرى نص يضع هذا الحد الأقصى للأجل ، ومن ثم فالأمر متروك لتقدير القاضى . ولكن السنة أجل يبلغ من الطول قدراً لا يظن معه أن القاضى فى مصر يمنح أجلا أطول ، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية خاصة . هذا ويجوز للقاضى أن يمنح المدين آجالا متعاقبة لا أجلا واحداً ، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ فى مواعيدها وفى مقاديرها قدرة المدين على الوفاء .

فاذا ما توافرت هذه الشروط الأربعة (٢) ، جاز للقاضى أن يمنح المدين هذا الأجل أو هذه الآجال المعقولة . والأمر فى النهاية يرجع إلى تقديره ، فهو الذى ينظر ، حتى بعد توافر هذه الشروط ، إن كان ثمة ما يستدعى منح المدين نظرة الميسرة . وتقديره فى ذلك تقدير نهائى ، لا معقب عليه من محكمة النقض (٣).

ولا ينال المدين من القاضى نظرة الميسرة إلا فى أثناء الدعوى التى يرفعها

---

(١) وقد عدل هذا النص بقانون ٢٥ مارس ١٩٣٦ ، ثم بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٩٣٦ . وهذا القانون الأخير هو الذى جعل الأجل الممنوح للمدين لا يجوز أن يزيد على سنة واحدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٨ ص٣٥٨ - ص٣٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٢٢ - فقرة ١٥٢٣) .

(٢) ولا يحول دون منح المدين نظرة الميسرة أن يكون الدين قد صدر به حكم مشمول بالنفاذ المعجل ، ويسرى هذا النفاذ العاجل بعد انقضاء الأجل الممنوح من القاضى (استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٨ ص ٥٢٣) .

(٣) نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ - وما دام الأمر متروكاً لتقدير القاضى ، فليس من الضرورى أن يسبب حكمه برفض منح المدين نظرة الميسرة ، بل ليس من الضرورى أن يرفض صراحة الطلب الذى يتقدم به المدين فى هذا الشأن ، فادام لم يجبه إليه فإن ذلك يكون بمثابة رفض لهذا الطلب (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ مكررة أولا ص ٥٩١) .

وغنى عن البيان أن القاضى لا يستطيع أن يمنح المدين نظرة الميسرة إلا إذا توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها ، فإن لم تتوافر ومنح القاضى المدين نظرة الميسرة بالرغم من عدم توافرها ، فإن الحكم يكون قد ارتكب خطأ فى تطبيق القانون ويتعين نقضه .

الدائن يطالبه فيها بالدين ، أو فى أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رسمى. فى الحالة الأولى يستطيع المدين أن يطلب من القاضى أثناء الدعوى منحه نظرة الميسرة على النحو الذى قدمناه ، بل يجوز للقاضى من تلقاء نفسه ودون طلب من المدين أن يمنحه نظرة الميسرة ، فسنرى أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام(١) . وفى الحالة الثانية ، إذ لا يتيسر للمدين أن يطلب نظرة الميسرة فى دعوى مقامة عليه ، لا يبقى أمامه إلا أن يستشكل فى التنفيذ ويطلب من قاضى الإشكال منحه نظرة الميسرة بالشروط المتقدم ذكرها (٢) . أما فى غير هاتين الحالتين ، أى فى حالة ما إذا كان الدائن يباشر التنفيذ بموجب حكم قابل للتنفيذ ، فانه لا يجوز للمدين أن يستشكل ليطلب نظرة الميسرة ، إذ يكون الوقت قد فات وكان الواجب أن يطلب ذلك فى أثناء الدعوى وقبل صدور الحكم . فاذا ما صدر الحكم دون أن يمنح المدين نظرة الميسرة ، فليس ثمة سبيل إلى ذلك ، إذ الحكم يجب تنفيذه كما هو ، ولا يجوز لقاض آخر أن يعدله إلا إذا كان ذلك عن طريق الطعن فيه بالأوجه المقررة قانوناً (٣) .

والقاعدة التى تقضى بجواز منح المدين نظرة الميسرة تعتبر قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز للطرفين أن يتفقا على ألا يكون للقاضى هذا الحق(٤) . فاذا اتفقا على ذلك ، كان الاتفاق باطلا ، وجاز للقاضى بالرغم من هذا الاتفاق أن يمنح المدين نظرة الميسرة . ويجوز للمدين أن يتقدم بهذا الطلب فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، كما يجوز للقاضى من تلقاء نفسه أن يمنح المدين نظرة الميسرة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٦ .

(٢) انظر فى مناقشة هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٩ — فقرة ١٤٩٠ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٩ ص ٢٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٨ — وفى فرنسا جعل قانون ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ الاختصاص لقاضى الأمور المستعجلة فى منح نظرة الميسرة ، ومن ثم يجوز للمدين ، بعد صدور حكم عليه بوفاء الدين ، أن يلجأ إلى قاضى الأمور المستعجلة يطلب منحه نظرة الميسرة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٩ ص ٣٦٠ — ص ٣٦١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٢٥) .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٤ — فقرة ١٤٨٥ .

٤٦٤ — الآثار التى تترتب على نظرة الميسرة : يترتب على منح نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف بوجه عام :

(١) فيوقف التنفيذ حتى ينقضى الأجل الذى منحه القاضى للمدين . وإذا كان الدائن ينفذ بموجب بسند رسمى ، ثم منح المدين نظرة الميسرة ، وجب وقف إجراءات التنفيذ ، وإذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة الميسرة باطلا ولكن ما تم من إجراءات التنفيذ ، قبل منح المدين نظرة الميسرة ، يبقى قائماً حافظاً لآثاره(١) . فاذا ما انقضى الأجل الذى منحه القاضى للمدين ، ولم يوف المدين الدين(٢) ، فان الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة ، ولا يحتاج إلى إعاده هذه الإجراءات من جديد فذلك يجشمه عناء لا محل له ويكلف المدين نفقات لا داعى لها (٣) .

وإذا كان القاضى قد قسط الدين عن المدين ، بأن منحه آجالا متعاقبة ، فان تأخر المدين فى أى قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة ، ويستطيع الدائن أن ينفذ بها (٤) .

(٢) ولكن يجوز للدائن أن يتابع الإجراءات التحفظية ، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديد قيده ونحو ذلك ، فان الأجل الواقف لا يمنع من اتخاذ هذه الإجراءات كما رأينا ، فمن باب أولى لا يمنع منها الأجل الممنوح من القاضى(٥). وما اتخذ من إجراءات تحفظية ، كاعذار المدين(٦) ، يبقى حافظاً لآثاره .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٢) ويلاحظ إنه إذا كان الدين واجب التنفيذ فى موطن المدين ، فإنه يصبح بعد نظرة الميسرة واجب التنفيذ فى موطن الدائن . ذلك أن المدين مدعو إلى تنفيذ التزامه فى أى وقت خلال الأجل الممنوح له من القاضى ، وليس الأجل إلا حداً أقصى لموعد التنفيذ ، فيجب عليه إذن أن يسعى بالتنفيذ إلى موطن الدائن ، لا أن ينتظر حتى يأتى الدائن إلى موطنه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٣٦٤) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٨ .

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٤ .

(٦) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للدائن ، بعد منح المدين نظرة الميسرة ، أن يعذر المدين(١) وأن يحجز على ما لمدينه لدى الغير(٢) .

(٣) لنظرة الميسرة أثر نسبي ، فهو مقصور على المدين الذى منح الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه ، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة(٣) . ولكن كفيل المدين ، إذا منح المدين نظرة الميسرة ، ينتفع بذلك ، وإلا لجاز للدائن أن يرجع على الكفيل ليتقاضى منه الدين ، ولرجع الكفيل على المدين بما وفاه للدائن ، فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة (٤) .

وأثر نظرة الميسرة مقصور كذلك على الدائن الذى حكم فى مواجهته بها ، فلا يتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول ، لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقى . والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين فى الدعوى ، ليحصل على حكم فى مواجهتهم جميعاً بمنحه نظرة الميسرة .

٤٦٥ — سقوط الأجل فى نظرة الميسرة : والأجل فى نظرة الميسرة يسقط بما يسقط به الأجل الاتفاقى(٥) . فيسقط ، كما يسقط الأجل الاتفاقى

---

(١) انظر فى عدم جواز إعذار المدين لأن الإعذار يسوىء مركزه إذ يحمله تبعة الهلاك ويجعله مسئولا عن التعويض : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

(٢) فيقول بعض الفقهاء بعدم جواز حجز ما للمدين لدى الغير ، لأن هذا الحجز ليس حجزاً تحفظياً فحسب بل هو أيضاً فى نهايته حجز تنفيذى ، ولأن الحجز يعطل ما للمدين لدى الغير وقد يكون فى حاجة إليه لتدبير موقفه من حيث الوفاء بالتزامه (لوران ١٧ فقرة ٥٨٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٥) . ويذهب فقهاء آخرون إلى جواز الحجز (توليه ٦ فقرة ٦٧٣ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١) . وعلى كل حال لا يفك الحجز التحفظى الذى يكون موقعاً قبل منح المدين نظرة الميسرة ، فلا يفك حجز تحفظى موقع تحت يد ناظر وقف على حصة المستحق وهو المدين (استئناف وطنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٠ ص ٢٣١) .

(٣) وهذا على خلاف القاعدة التى تقضى بأن ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقى ، ذلك لأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظراً لظروفه الشخصية ، فلا يتعدى أثرها إلى غيره من المدينين ممن ليست لهم هذه الظروف .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٦ .

(٥) انظر فى الأسباب المتعددة التى يسقط بها الأجل فى نظرة الميسرة فى القانون الفرنسى : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢٢ .

وفقاً للمادة ٢٧٣ مدنى ، فى الأحوال الآتية :

(١) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره وفقاً لنصوص القانون .

(٢) إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا مالم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط مالم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً .

(٣) إذا لم يقدم المدين للدائن ماوعد بتقديمه من التأمينات .

على أن الأجل فى نظرة الميسرة ، خلافاً للأجل الاتفاقى ، يسقط بسبب جديد ، هو توافر شروط المقاصة مابين الدين الذى منحت فيه نظرة الميسرة ودين ينشأ فى ذمة الدائن للمدين . ذلك أن المدين الذى حصل من القاضى على نظرة الميسرة ، إنما حصل على هذا الأجل لأنه لم يكن فى مكنته وفاء الدين فى الحال ، فنظره القاضى إلى ميسرة . ثم جدّ بعد ذلك أن حل دين فى ذمة الدائن للمدين من جنس الدين الأول ، سواء نشأ هذا الدين قبل منح المدين نظرة الميسرة أو نشأ بعد ذلك . ففى هذه الحالة يستطيع المدين أن يوفى الدين الذى عليه بالدين الذى له . فلا مبرر إذن لانتظار انقضاء الأجل الذى منحه القاضى للمدين فى نظرة الميسرة مادام المدين قد أصبح قادراً على الوفاء بدينه . ومن ثم يكون توافر شروط المقاصة على النحو الذى قدمناه مسقطاً للأجل فى نظرة الميسرة(١) . وقد نص التقنين المدنى على هذا الحكم صراحة ، فقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى بأنه « لايمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن » .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٣ — ويخلص من ذلك أنه حيث يثبت أن المدين الذى منح نظرة الميسرة قد أصبح قادراً على الوفاء بالدين ، حتى قبل انقضاء الأجل الذى منحه القاضى إياه ، فإنه يجوز للدائن أن يطالبه بالدين .

المبحث الثانى

المكان الذى يتم فيه الوفاء

٤٦٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

« ٢ – أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى وجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال(١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٦٩/٢٣٢ و ١٧٠/٢٣٣(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٥ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٩٦ – ٣٩٧ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٠٢(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٩ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٨ – ٢٢٩) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٦٩/٢٣٢ : محل الوفاء هو المكان الموجود فيه عين الشيء المقتضى تسليمه إذا لم يشترط المتعاقدان غير ذلك .

م ١٧٠/٢٣٣ : إذا كان المتعهد به عبارة عن نقود أو أشياء معين نوعها ، فيعتبر الوفاء مشترطاً حصوله فى محل المتعهد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٤٥ (مطابقة للمادة ٣٤٧ من التقنين المدنى المصرى) . –

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن الوفاء يكون فى المكان الذى اتفق عليه الطرفان، فان لم يكن هناك اتفاق، ففى العين المعينة بالذات يكون الوفاء فى المكان الذى كانت موجودة فيه وقت نشوء الالتزام، وفى غيرها يكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

٤٦٧ — اتفاق الطرفين على مكان الوفاء : كثيراً ما يتفق الدائن والمدين على المكان الذى يكون فيه وفاء الدين . وفى هذه الحالة يتقيد الطرفان بهذا الاتفاق . فلا يجوز للمدين أن يوفى بالدين إلا فى هذا المكان . كما لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء إلا فيه . وقد يكون هذا الاتفاق وقت نشوء الدين كما هو الغالب ، وقد يكون اتفاقاً خاصاً لاحقاً لنشوء الدين .

وفى جميع الأحوال قد يكون الاتفاق صريحاً ، ولا يشترط فى الاتفاق الصريح ألفاظ خاصة. وقد يكون ضمنياً . ومثل الاتفاق الضمنى أن تكون هناك التزامات متقابلة ناشئة من عقد ملزم للجانبين ، ويتفق الطرفان على أن يتم الوفاء

= التقنين المدنى الليبى م ٣٣٤ (مطابقة المادة ٣٤٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٩٦ : ١ — إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة ، كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها ، وكان العقد مطلقاً لم يعين فيه مكان التسليم ، يسلم الشيء فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت العقد ٢ — وفى الالتزامات الأخرى يكون الوفاء فى موطن المدين وقت وجوب الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه محل أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٣٩٧ : إذا أرسل المدين الدين مع رسوله إلى الدائن ، فهلك فى يد الرسول قبل وصوله ، هلك من مال المدين . وإن أمر الدائن المدين بأن يدفع الدين إلى رسول الدائن ، فدفعه إليه وهلك فى يده ، فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين .

(والمادة ٣٩٦ تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصرى . أما أحكام المادة ٣٩٧ فتتفق مع القواعد العامة ، ويمكن تطبيقها فى مصر دون نص : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٩٨ — فقرة ٢٩٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٠٢ : يجب إيفاء الدين بالمكان المعين فى العقد . وإذا لم يوضع شرط صريح أو ضمنى فى هذا الشأن ، وجب الإيفاء فى محل إقامة المديون . أما إذا كان موضوع الموجب عيناً معينة ، فيجب التنفيذ حيث كان الشيء عند إنشاء العقد . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

فى وقت واحد ، فيستخلص من ذلك اتفاق ضمنى على أن يكون مكان الوفاء هو أيضاً مكان واحد(١) . وقد طبقت المادة ٤٥٦ مدنى هذا الحكم فى عقد البيع إذ نصت على ما يأتى : « ١ — يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ٢ — فاذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن» . ففى الفقرة الأولى افترض أن تسليم المبيع ودفع الثمن يجب أن يتما فى وقت واحد ، فخلص من ذلك أن دفع الثمن يكون فى المكان الذى يتم فيه تسلم المبيع . وفى الفقرة الثانية افترض أن الثمن غير مستحق وقت تسليم المبيع ، فرجعنا إلى القاعدة العامة فى مكان الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو موطن المدين وقت استحقاق الدين . وإذا كان الوفاء بشيك أو بحوالة ، استخلص من هذا اتفاق ضمنى على أن يكون مكان الوفاء هو الجهة التى يقبض فيها الدائن قيمة الشيك أو حوالة البريد(٢) ، وقد قدمنا أن الوفاء لا يتم فى هذه الحالة بمجرد تسلم الشيك أو الحوالة ، وإنما يتم بقبض القيمة .

وقد يتفق الطرفان على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن ، والأصل ألا يكون موطن الدائن هو مكان الوفاء إلا باتفاق صريح أو ضمنى . فاذا تم الاتفاق على ذلك ، فان موطن الدائن وقت الاتفـاق أو موطنه وقت الوفاء إذا تغير هذا الموطن يكون هو مكان الوفاء تبعاً للاتفاق الذى تم(٣) . فان لم يكن الاتفاق واضحاً فى ذلك ، فالمفروض أن الطرفين قد اتفقا على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن وقت الاتفاق ، لأنه هو الموطن الذى كان معروفاً عندهما وقت ذاك(٤) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩.

(٢) انظر دى باج ٣ فقرة ٤٧٢ ص ٤٥٥ .

(٣) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

(٤) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٥ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ (paiement) فقرة ١٣٧ — انظر عكس ذلك دى باج ٣ فقرة ٤٧٢ — وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٧٨ .

وقد ينسخ هذا الاتفاق أن يرسل الدائن محصلا لاستيفاء الدين فى موطن المدين ، فيكون هـذا الموطن هو مكان الوفاء (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٢).

٤٦٨ — مكان الوفاء فى العين المعينة بالذات هو مكان وجودها وقت نشوء الالتزام : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدنى تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . فاذا لم يوجد اتفاق على أن يكون مكان الوفاء فى غير مكان وجود العين وقت نشوء الالتزام ، ولم يوجد نص يقضى بغير ذلك كما رأينا فى النص الذى يقضى بأن يكون دفع الثمن فى مكان تسليم المبيع (م ٤٥٦ مدنى) ، فان مكان الوفاء هو المكان الذى توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام(١) وهذا الحكم مبنى على أن هناك اتفاقاً ضمنياً ما بين الطرفين على هذا المكان . فينسخ هذا الاتفاق الضمنى اتفاق ضمنى معارض ، أو اتفاق صريح ، أو نص فى القانون .

ويغلب أن يكون الشىء لم ينتقل من مكانه من وقت نشوء الالتزام إلى وقت الوفاء ، فاذا انتقل فالعبرة كما قدمنا بالمكان الذى توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام ، وهو المكان الذى كان معروفاً من الطرفين(٢) . على أن المفروض فى كل ذلك أن الشىء محل الالتزام مستقر فى مكانه لا يمكن نقله فى يسر . فاذا كان الشىء بطبيعته سهل الانتقال من مكان إلى آخر ، كسيارة أو فرس ، فالغالب أن يكون الطرفان قد أراد ضمناً أن يكون مكان الوفاء ليس هو المكان العارض الذى يوجد فيه الشىء وقت نشوء الالتزام ، بل هو موطن المدين وهو المكان الذى يوجد فيه الشىء عادة . وهنا نرى أن الاتفاق الضمنى الذى قام عليه مكان وجود الشىء وقت نشوء الالتزام قد عارضه اتفاق ضمنى أكثر وضوحاً فنسخه(٣) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٢) ويرجع الدائن على المدين فى هذه الحالة بنفقات نقل الشىء من مكان وجوده وقت الوفاء إلى مكان وجوده وقت نشوء الالتزام (ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٦) .

(٣) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧٨ — لوران ١٧ فقرة ٥٩٠ — هيك ٨ فقرة ٤٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٤ ص ٦٠٢ .

٤٦٩ — **مكان الوفاء فى غير العين المعينة بالذات هو موطن المدين أو مركز أعماله** : فاذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى على مكان الوفاء(١) ، ولم يكن محل الوفاء عيناً معينة بالذات ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ مدنى ، كما رأينا ، على أن « يكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال(٢) » .

ويسرى هذا الحكم على كل التزام ليس محله عيناً معينة بالذات ، وأكثر مايسرى على الالتزام الذى يكون محله مبلغاً من النقود . ويسرى كذلك على كل التزام محله عين غير معينة بالذات ، كالتزام بتسليم مائة أردب من القمح أو خمسين قنطاراً من القطن . ويسرى أخيراً على كل التزام محله عمل أو امتناع عن عمل . ففى هذه الالتزامات جميعاً ، إذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى على مكان الوفاء ، فالمكان هو موطن المدين وقت الوفاء ، أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال . ومن ثم نرى أن الالتزام هنا يسعى له الدائن (quérable) ، ولا يسعى به المدين (portable) . وليس فى هذا إلا تطبيق للمبدأ العام الذى يقضى بأن الالتزام يفسر بما فيه مصلحة المدين(٣) .

وإذا غير الدائن موطنه أو مركز أعماله فى الفترة مابين نشوء الالتزام وبين الوفاء ، فالعبرة بالموطن أو بمركز الأعمال وقت الوفاء لا وقت نشوء الالتزام . ذلك أن القاعدة إنما تقوم ، لا على افتراض إرادة الطرفين فيقال إن هذه الإرادة قد انصرفت إلى الموطن أو مركز الأعمال وقت نشوء الالتزام ، وإنما تقوم على مصلحة المدين ، ومصلحته تقتضى أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء(٤) .

---

(١) استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٣) على أن المدين يسعى بالدين إلى موطن الدائن فى حالة العرض الحقيقى والايداع ، وقد سبق بيان ذلك .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٦ —

على أن المدين يستطيع بعد نشوء الالتزام أن ينزل عن حقه فى أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله، إذا تصرف تصرفاً من شأنه أن يستخلص منه هذا النزول. فاذا كان الدين أقساطاً، وأدى المدين أكثر الأقساط فى موطن الدائن، فالمفروض أن الأقساط القليلة الباقية يجب الوفاء بها أيضاً فى موطن الدائن، وأن المدين قد انفق اتفاقاً ضمنياً مع الدائن على ذلك. ولكن مجرد دفع قسط أو قليل من الأقساط فى موطن الدائن لا يستفاد منه حتما أن المدين قد نزل عن حقه فى أن يكون مكان الوفاء بسائر الأقساط هو موطنه لا موطن الدائن(١). فلو أن المؤمن له دفع بعض أقساط التأمين فى موطن الشركة(٢)، فلا يستفاد من ذلك حتما أنه نزل عن حقه فى أن يكون الوفاء بسائر الأقساط فى موطنه هو(٣). وعلى العكس من ذلك، إذا اشترطت شركة التأمين على أن يكون الوفاء بالأقساط فى موطنها(٤)، ثم استوفت بعض هذه الأقساط فى موطن المدين، فلا يستفاد من ذلك حتما أنها نزلت عن حقها فى أن يكون الوفاء ببقية الأقساط فى موطنها، لا سيما إذا ذكرت ذلك صراحة فى وثيقة التأمين، وهذا ما لم يكن قد اضطرد استيفاؤها لأقساط التأمين فى موطن المدين واستقر تعاملها معه على ذلك(٥).

= وكما يستطيع المدين أن يتمسك بأن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء كذلك يستطيع الدائن أن يجبر المدين على قبول الوفاء فى هذا المكان دون أى مكان آخر (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٩).

(١) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧١ — هيك ٨ فقرة ٤٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٠.

(٢) وقد جرت العادة أن يكون الوفاء بالقسط الأول فى موطن الشركة، وكذلك يكون مكان الوفاء هو موطن الشركة فى جميع الأقساط التى حلت وأعذر فى شأنها المؤمن له (بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٨٠).

(٣) وكذلك إذا دفع المستأجر أقساط الأجرة من وقت إلى آخر فى موطن المؤجر لم يعد هذا حتما نزولا منه عن أن الوفاء بالأجرة يكون فى موطنه هو لا فى موطن المؤجر (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٠).

(٤) ولا يجوز، طبقاً للقانون الصادر فى فرنسا فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ (م ١٦)، أن يكون هذا الشرط ضمن الشروط المطبوعة (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٢٤ د — بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠).

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ — وتفسير نية الشركة فى أنها أدخلت تعديلا ضمنيا فى مكان الوفاء، فجعلته موطن المؤمن له لا موطنها هى، مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ ص ٦٠٧ هامش رقم ١).

٤٧٠ — نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء فى بعض العقود المسماة :
وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى أنه « قد أنشأت بعض النصوص أحكاماً خاصة بشأن الوفاء فى بعض العقود المعينة كالبيع والإجارة(١) ».

وقد رأينا فعلا أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى فى البيع تنص على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . ونصت المادة ٤٣٦ مدنى ، فى البيع أيضاً ، على أنه « إذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة ٥٦٦ مدنى ، فى الإيجار ، على أن « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من الأحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها » .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤٢ مدنى ، فى العارية ، على أنه « يجب رد الشيء فى المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة ٦٥٥ مدنى ، فى المقاولة ، على أنه « متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات . وإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بانذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » .

ونصت المادة ٦٩٠ مدنى ، فى عقد العمل ، على أن « يلتزم رب العمل أن يدفع للعامل أجرته فى الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف ، مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة فى ذلك » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

الباب الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٤٧١ – أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء : قدمنا أن الالتزام قد ينقضى، لا بالوفاء به عيناً، بل بما يعادل الوفاء. ويشمل هذا ما يأتى:

(١) الوفاء بمقابل (Dation en paiement) .

(٢) التجديد (Novation) .

(٣) المقاصة (Compensation) .

(٤) اتحاد الذمة (Confusion)

فى الوفاء بمقابل يعتاض الدائن عن استيفاء الدين عيناً بشىء يعادله . وفى التجديد يستوفى الدائن الدين الأصلى بدين جديد . وفى المقاصة يستوفى الدائن الدين الذى له بدين مقابل فى ذمته للمدين . وفى اتحاد الذمة يستوفى الدائن الدين الذى له بنفس هذا الدين بعد أن يصبح مديناً به .

الفصل الأول

الوفاء بمقابل (*)

(Dation en paiement)

٤٧٢ — أركانه وتكييفه القانونى والآثار التى تترتب عليه : قدمنا أن الدائن يستوفى محل الدين عينه ، فلا يجبر على استيفاء شىء آخر فى مقابل دينه ، ولو كان هذا الشىء أكبر قيمة من الدين . ومع ذلك إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يستوفى شيئاً آخر فى مقابل دينه . واستوفى فعلا هذا الشىء الآخر ، فان الدين ينقضى وتبرأ ذمة المدين ، ولكن لا عن طريق الوفاء (paiement) ، بل عن طريق الوفاء بمقابل (dation en paiement) .

ومن ثم وجب أن نبحث : (أولا) ماهى الأركان التى يقوم عليها الوفاء بمقابل وما هو تكييفه القانونى . (ثانياً) وما هى الآثار التى تترتب عليه .

الفرع الأول

أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانونى

المبحث الأول

الأركان التى يقوم عليها الوفاء بمقابل

٤٧٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

* مراجع : سيجونى (Segogne) فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ — جمبو (Guimbaud) النظرية العامة فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من پواتييه سنة ١٨٨٩ .

« إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء(١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٨ – وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٣٧ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٩٩ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٨(٣) .

٤٧٤ – ركناه : ويمكن أن يستخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك ركنين للوفاء بمقابل :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٥ — ٢٣٦) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أغفل التقنين القائم (السابق) الاعتياض — الوفاء بمقابل — فى نصوصه موكلا أمره بذلك إلى القواعد العامة . بيد أن المشروع آثر أن يختصه ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره ، وتراكب طبيعته ، فى فقه القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤) . وانظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٥٤٣ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٤٨ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٣٧ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدنى المصرى — وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٢٥ — فقرة ٣٢٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣١٨ : يسقط الدين إذا قبل الدائن عوضاً عن التنفيذ أداء شيء غير الذى كان يجب له — وإذا بدا شك ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظا عند الإيفاء بأداء العوض ، فالدائن يعد ، إلى أن يقوم برهان على العكس ، قابلا لذلك الإيفاء ومبرئاً لذمة المدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

(الركن الأول) اتفاق بين الدائن والمدين(١) على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن .

(الركن الثاني) تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا : فتبرأ ذمة المدين .

٤٧٥ — اتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر : يتفق الدائن مع المدين على أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلي الوفاء بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن . فاذا كان محل المدين الأصلي ألفاً من الجنيهات مثلا ، فان الطرفين يتفقان على أن يفي المدين للدائن بدلا من الألف من الجنيهات مائة قنطار من القطن الأشموني أو مائتي أردب من القمح الهندي أو أن ينقل إليه ملكية سيارة من طراز معين أو قطعة أرض معينة أو دار بالذات أو نحو ذلك . وقد يقع العكس ، فيكون في ذمة المدين أن ينقل للدائن مائة قنطار من القطن أو مائتي أردب من القمح أو ملكية سيارة أو أرض أو دار ، فيتفقان على أن يعطي المدين للدائن بدلا من ذلك ألفاً من الجنيهات(٢) . ولما كان الدائن ، في هذه الأحوال ، يستوفي في دينه محلا ليس هو عين محل الدين ، فلا بد إذن لهذا الوفاء بمقابل من اتفاق بين الدائن والمدين يكون لاحقاً لنشوء الدين ، وفي الغالب يكون لاحقاً أيضاً لميعاد استحقاقه . والاتفاق يستدعي حتما رضاء الدائن أن يستوفي الدين بمقابل ، فلا يجوز حمل الدائن على أخذ غير محل

---

(١) ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين على أن يستوفي الدين منه بمقابل . فينقل الغير إلى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وفاء للدين . ثم يرجع الغير على المدين ، إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما ، بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، بحسب الأحوال . وفي حالة الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب يطالب الغير المدين بأقل القيمتين ، مقدار الدين وقيمة الشيء الذي أعطاه للدائن مقابلا للوفاء .

(٢) انظر جوسران ٢ فقرة ٩٢٦ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٤٣ — وقد يعطي المدين للدائن ، مقابلا للوفاء ، دينا له في ذمة الغير . ولكن هذا يتم عادة لا عن طريق الوفاء بمقابل ، بل عن طريق حوالة هذا الحق (cession de créance) للدائن ، أو إنابة الغير في الوفاء للدائن (délégation) : انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٨ — وقارن جوسران ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٤٩٢ .

الدين إجباراً ، ولا يتم ذلك إلا برضائه (١) .

ولما كان الوفاء بمقابل اتفاقاً (convention) ، فهو ككل اتفاق يقتضي توافق إرادتين ، إرادة الدائن وإرادة المدين . وليس الوفاء بمقابل عقداً (contrat) ، بل هو اتفاق كما قدمنا ، كالوفاء ، لأنه لا ينشئ التزاماً ، بل يقضي هذا الالتزام.

ويجب أن تتوافر الأهلية الواجبة في كل من الطرفين . فتتوافر في الدائن أهلية استيفاء الدين على النحو الذي قدمناه في الوفاء ، لأن الوفاء بمقابل ينطوي على معنى استيفاء الدين . وتتوافر في المدين ، لا أهلية الوفاء بالدين فحسب ، بل أيضاً أهلية التصرف ، فانه يوفي دينه عن طريق نقل ملكية شيء إلى الدائن ، فالوفاء بمقابل بالنسبة إليه ينطوي على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية في وقت واحد .

ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب ، فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال (٢) .

ويجب أن يكون للاتفاق محل وسبب. أما السبب فهو الوفاء بالدين الأصلي. وأما المحل فهو الاستعاضة عن المحل الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن . فلا بد إذن في المحل من توافر شرطين : ١ — ألا يكون داخلا في نطاق الالتزام الأصلي ، بل هو شيء جديد يستعاض به عن المحل الأصلي

---

(١) وقد يعطي المدين الدائن شيئاً غير محل الدين ، ولكن لا للوفاء بالدين بل كضمان له ، كما إذا اتفق الطرفان على مد أجل الدين في مقابل أن يعطي المدين للدائن رهنا . وفي هذه الحالة لا ينقضي الدين بداهة ، بل يبقى قائماً ، ويكون الشيء الذي أعطاه المدين للدائن ليس مقابلا للوفاء بل هو رهن في يد الدائن لضمان الدين . ويرجع فيما إذا كان الشيء الذي أعطاه المدين للدائن مقابلا للوفاء أو رهناً لنية الطرفين (دي باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٤) . فلا يكون هناك وفاء بمقابل إلا إذا اتفق الطرفان في وضوح على نقل ملكية الشيء إلى الدائن . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا سلم المستأجر محصولات الأرض إلى المؤجر وفاء بالأجرة بعد عمل الحساب ، فلا يعني ذلك إنه نقل ملكية المحصولات إلى المؤجر ، بل أودعها عنده ضماناً للأجرة ، ووكله في بيعها ليستوفي الأجرة منها ، فلا يجوز للمؤجر التمسك ببطلان حجز وقعه أحد دائني المستأجر على هذه المحصولات بدعوى أن ملكيتها انتقلت إليه (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٤ ص ١٠٧) .

(٢) دي باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٦ .

للالتزام . ومن ثم لا ينطوى الالتزام التخييرى ولا الالتزام البدلى على وفاء بمقابل ، لأن المدين إذا اختار أحد محال الالتزام فى الالتزام التخييرى ، أو اختار البدل فى الالتزام البدلى ، فأداه ، فانما يؤدى محلا داخلا فى نطاق الالتزام الأصلى متفقاً عليه منذ نشوء هذا الالتزام ، فليس هو شيئاً جديداً خارجاً عن نطاق الالتزام الأصلى يستعاض به عن محل هذا الالتزام(١) .

٢ — أن يكون نقل ملكية (datio) ، فلا يجوز أن يكون التزاماً بعمل أو التزاماً بامتناع عن عمل(٢) . وإذا اتفق المقرض والمقترض على أن يستعاض عن رد القرض بأن يقوم المقترض بنسخ كتاب معين يطلبه منه الدائن ، فان هذا لا يكون وفاء بمقابل ، بل يكون فى الغالب تجديداً (novation) بتغيير محل الدين(٣) .

ويثبت الاتفاق على الوفاء بمقابل وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات . فلا يجوز ، فيما يزيد على عشرة جنيهات، الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . على أنه إذا ثبت أن الدائن قد قبل تسلم شيء غير المستحق له دون تحفظ ، فانه يفترض — حتى يقوم الدليل على العكس — أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء(٤) .

---

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٤ — دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥٨ .

(٣) وإذا قبل الدائن استيفاء الدين بشيك أو بكمبيالة أو بأية ورقة مماثلة ، لم تبرأ ذمة المدين من الدين إلا إذا قبض الدائن فعلا قيمة الشيك أو الكمبيالة أو الورقة المالية . وعندئذ ينقضى الدين ، لا بالوفاء بمقابل ، بل بالوفاء عينا كما سبق القول (دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥ — ص ٤٨٦) .

(٤) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على هذا الحكم صراحة، فقضت بأنه «إذا بدا شك ما ، ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظا عند الايفاء بأداء العوض، فالدائن يعد، إلى أن يقوم برهان على العكس، قابلا لذلك الايفاء ومعترفاً بكونه مبرئاً لذمة المديون » . انظر أيضاً المادة ٢/٣٦٤ من التقنين المدنى الألمانى .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالإثبات، فيفرض فى الدائن ، إذا قبل الوفاء بغير ما هو مستحق له دون تحفظ ، أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء من المدين ، إلا أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٧) .

٤٧٦ — تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن : ولا يكفى الاتفاق على مقابل الوفاء ، بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا من المدين إلى الدائن(١) . فاذا كان المقابل مائة قنطار من القطن أو مائة أردب من القمح ، وجب إفراز هذه المقادير حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن . وإذا كان المقابل سيارة وجب تعيينها بالذات ، أو كان دار أو أرضاً وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل ، حتى تنتقل ملكية السيارة أو الدار أو الأرض من المدين إلى الدائن(٢) .

وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد (٣) ، فنى التجديد يحل التزام جديد محل التزام قديم ، فينقضى الالتزام القديم بقيام الالتزام الجديد . أما فى الوفاء بمقابل فلا يكفى قيام الالتزام الجديد ، أى الالتزام بنقل الملكية ، بل يجب تنفيذه أى نقل الملكية فعلا إلى الدائن . فاذا اقتصر الطرفان على إنشاء التزام بنقل الملكية يحل محل الالتزام الأصلى ، فانما يكون ذلك تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل(٤) .

المبحث الثانى

التكييف القانونى بالوفاء بمقابل

٤٧٧ — تضارب الفقه فى التكييف القانونى للوفاء بمقابل : بعد أن بسطنا أركان الوفاء بمقابل ، بقى أن نبين ما هو التكييف القانونى لهذا

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ .

(٢) ويترتب على ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم عن طريق الوصية ، بأن يوصى المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين . وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولا تنتقل ملكية الموصى به فى حياة الموصى (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨ ص ٩٥). كذلك لا يتم الوفاء بمقابل إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد العقار الذى سلمه وفاء لدينه (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩) .

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥٩ .

(٤) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ — جوسران ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٤٩٢ .

السبب من أسباب انقضاء الالتزام . وقد تضارب الفقه فى هذا التكييف ، حتى أصبحت هذه المسألة الغامضة فى حاجة إلى شئ من التجلية والوضوح .

وهناك تكييف يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، هو أن يكون الوفاء بمقابل بيعاً فيكون المقابل قد بيع بالدين . وكان للقانون الفرنسي القديم تكييف آخر ، هو أن الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء (paiement) يتميز بأن المحل الأصلى فيه قد تغير . وهناك تكييف ثالث ، هو الذى أخذ يتغلب الآن فى الفقه ، يجعل الوفاء بمقابل عملا مركباً من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية .

٤٧٨ — الوفاء بمقابل بيع تليه مقاصة : يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن الوفاء بمقابل ينتهى إلى التحليل الآتى : اتفق الدائن مع المدين على أن يشترى الأول من الثانى المقابل الذى يقدمه الثانى – القطن أو القمح أو السيارة أو الأرض أو الدار الخ – بثمن يعادل قيمة الدين الذى فى ذمته . فتتم صفقة البيع أولا ، ويصبح الدائن مديناً بثمن هو معادل فى الجنس والمقدار للدين الذى له . فتقع مقاصة قانونية مابين هذا الدين والثمن ، فينقضى كلاهما بالمقاصة . ويبقى المدين بعد ذلك ملتزماً نحو الدائن بنقل ملكية المقابل(١) .

وعيب هذا التكييف أنه يقف بالوفاء بمقابل عند المرحلة الأولى ، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلا إلى الدائن . فلو فرضنا أن مقابل الوفاء هو مقادير من القطن أو من القمح ، فيكفى ، طبقاً لهذا التكييف ، أن يلتزم المدين للدائن بنقل ملكية هذه المقادير حتى يتم الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة المدين من الدين الأصلى . وقد قدمنا أن الوفاء بمقابل لا يتم إلا إذا انتقلت الملكية فعلا إلى الدائن ، ولا تبرأ ذمة المدين من دينه الأصلى إلا عند نقل هذه الملكية . أما إذا وقفنا عند هذه المرحلة الأولى ، فانما نواجه تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل كما سبق القول .

---

(١) انظر فى بسط هذا الرأى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٩ ص ٦٥٩ .

٤٧٩ – الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المحل الأصلي :

وهذا هو التكييف الذي كان سائداً في القانون الفرنسي القديم ، وكان يقول به دوما وبوتييه ، ولا يزال يقول به بعض فقهاء القانون الفرنسي الحديث .

ففي القانون الفرنسي القديم كان الوفاء بمقابل ضرباً من الوفاء، استعيض فيه عن الشيء المستحق أصلا بشيء آخر ، وذلك باتفاق الطرفين . فهو كالوفاء يقضي الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكن يقضيه بمقابل الشيء المستحق لا بالشيء المستحق نفسه . أما في التكييف الأول فقد رأينا أن المقابل يقضي الدين ذاته ، ولكن بطريق غير مباشر ، بأن يجعل ثمنه قصاصاً في هذا الدين . وسنرى في التكييف الثالث أن المقابل لا يقضي الدين ذاته ، ولكن دينا آخر نشأ من طريق التجديد .

ويترتب على هذا التكييف الثاني أن الدائن ، إذا استحق في يده مقابل الوفاء ، لم يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق التي يرجع بها المشتري على البائع . فهو لم يشتر المقابل كما هو التصوير في التكييف الأول ، بل استوفى به الدين الذي له في ذمة المدين . فاذا استحق المقابل في يده بطل الوفاء ، واستتبع ذلك رجوع الدين الأصلي ، فيعود في ذمة المدين بجميع ما كان له من ضمانات ، ويرجع الدائن على المدين لا بدعوى ضمان الاستحقاق بل بدعوى هذا الدين نفسه(١) .

وكان هذا التكييف القانوني يستقيم ، ويتفق مع إرادة الطرفين ، لولا أنه

---

(١) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب ثالث الباب الأول الفرع السابع فقرة ٦ – بوتييه في الالتزامات فقرة ٦٠٤ – وانظر في فقهاء القانون الفرنسي الحديث : سيجوني Segogne في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ ص ٨٣–ص ١٠٠ – جمبو Guimbaud في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من بواتييه سنة ١٨٨٩ ص ١٨٥–ص ٢٠٦ – وقارب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٩ . ويقرب من هذا التكييف ما يذهب إليه الأستاذ عبد الحي حجازي (جزء ٣ ص ٦٢) من أن الوفاء بمقابل عقد عيني تنتقل به ملكية شيء من ذمة المدين إلى ذمة الدائن ويترتب عليه الوفاء بالتزام سابق .

ويتحمس في الدفاع من هذا التكييف من الفقهاء المعاصرين دي باج : انظر الجزء الثالث فقرة ٥١١ .

من المقرر أن الوفاء بمقابل يقضي التأمينات التي كانت للدين الأصلي ولو استحق المقابل. انقضاء التأمينات هذا مقرر في الفقه الفرنسي، ويؤيده نص صريح في التقنين المدني الفرنسي خاص بالكفالة، فقد نصت المادة ٢٠٣٨ من هذا التقنين على أن قبول الدائن باختياره عقاراً أو أي عرض استيفاء للدين الأصلي يبرئ الكفيل، حتى لو استحق الشيء في يد الدائن(١). ويقيس الفقه الفرنسي على الكفالة سائر التأمينات. أما في مصر فالنص واضح في أن التأمينات التي كانت للدين الأصلي تزول، وسنرى أن المادة ٣٥١ مدني تقضي بأن يسري على الوفاء بمقابل « من حيث أنه يقضي الدين، أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات(٤) ». ثم طبق التقنين المدني المصري هذا الحكم تطبيقاً خاصاً في الكفالة، فنص في المادة ٧٨٣ — وهي المقابلة للمادة ٢٠٣٨ مدني فرنسي — على أنه « إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء ».

ولا شك في أن انقضاء التأمينات إلى غير رجعة لا يتفق مع التكييف القانوني

---

(١) ويذهب سيجوني Segogne، في الرسالة التي أسلفنا الإشارة إليها، إلى أن بوتييه قرر هذا الحكم في خصوص الكفيل وحده، دون سائر التأمينات، لاعتبارات خاصة بالكفيل. فإن الدائن، بعد أن استوفى دينه بمقابل للوفاء، وبعد أن برئت ذمة الكفيل، لا يفكر في الرجوع على الكفيل، إذا استحق المقابل في يده، إلا إذا كان المدين معسراً. فيضار الكفيل بهذا الإعسار، ويكون من حقه أن يدفع رجوع الدائن عليه، ما دام الدائن هو الذي قبل أن يستوفي دينه مقابل وترك المدين حتى أعسر، ففوت على الكفيل الفرصة في أن يرجع على المدين إذا وفى عنه الدين (بوتييه في الالتزامات فقرة ٤٠٧). وقد نقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم عن بوتييه، وقصره على الكفيل (سيجوني ص ٨٨ — ص ٩٠).

ويرد بودري وبارد على هذه الحجة بأن التقنين المدني الفرنسي في المادة ٢٠٣٨ جعل براءة الكفيل، حتى لو استحق المقابل في يد الدائن، حكماً عاماً، ولم يقصره على حالة ما إذا كان المدين معسراً. وهذا يدل على أن الوفاء بمقابل من شأنه تجديد الدين الأصلي، فينقضي هذا الدين بالتجديد وتنقضي معه تأميناته والكفالة من بينها. ويظهر ذلك في وضوح تام عند الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي، فقد وردت فيها عبارات صريحة كل الصراحة في هذا المعنى (انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٩١ — ص ٧٩٢ — وانظر في الرد على بودري وبارد: دي باج ٣ فقرة ٥١١ ص ٤٩١).

(٤) انظر عكس ذلك في عهد التقنين المدني السابق: استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢٧.

الذى نحن بصدده ، فان من مقتضيات هذا التكييف أن يعود الدين الأصلى إذا أبطل الوفاء بمقابل أو استحق المقابل فى يد الدائن؛ ومتى عاد الدين الأصلى عادت معه جميع التأمينات التى كانت تكفله .

١٨٠ — الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية : والتكييف القانونى الذى أخذ يتغلب فى الفقه المعاصر ،وهو التكييف الذى يساير النصوص التشريعية فى مصر وفى فرنسا ، هو أن الوفاء بمقابل عمل مركب . فهو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، وتتلاقى فيه عناصر من كل ذلك ، فيجمع فى أحكامه بين كل منها .

فالوفاء بمقابل هو أولا تجديد بتغيير محل الدين . إذ الدائن والمدين يتفقان بادئ ذى بدء على تغيير المحل الأصلى للدين بمحل جديد هو المقابل للوفاء ، ومتى دخل فى الدين هذا التعديل الجوهرى فقد أصبح ديناً جديداً يحل محل الدين القديم ،وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلى ينقضى ، وتنقضى معه تأميناته، عن طريق التجديد ، لا عن طريق الوفاء كما هو الأمر فى التكييف الثانى ،ولا عن طريق المقاصة كما هو الأمر فى التكييف الأول .

ثم إن الدين الجديد — وهو دائماً التزام بنقل ملكية المقابل الذى استعيض به عن المحل الأصلى للدين — ينفذ عن طريق الوفاء (paiement) . فتنتقل الملكية فعلا إلى الدائن كما قدمنا ، وبذلك يتم الوفاء بمقابل . وفى هذه الخطوة الثانية ينطوى الوفاء بمقابل على معنيين : (أولا) معنى الوفاء ؛ إذ الدين الجديد يوفى به عيناً فينقضى ، وهو هنا ينقضى بالوفاء (paiement). كما انقضى الدين القديم بالتجديد (novation) فيما قدمنا . (ثانياً) ومعنى نقل الملكية ، إذ الوفاء بالدين الجديد معناه نقل ملكية المقابل إلى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى . ونرى من ذلك أن هذه الخطوة الثانية تكسب الوفاء بمقابل مقوماته الجوهرية : تكسبه معنى الوفاء فيأخذ أحكامه ، وتكسبه معنى نقل الملكية فيأخذ أيضاً بعض أحكامه، وهذا كله إلى معنى التجديد الذى رأيناه فى الخطوة الأولى والذى انقضى الدين الأصلى به(١) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ : هامش رقم ١ وفقرة ٣٢٤ هامش رقم ٤٨ — لوران ١٨ فقرة ٣٢٢ و ٣١ فقرة ٣٦٣ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٣٠ و ٢٨ فقرة ٢٨٨ —

ويخلص من هذا التكييف القانونى أمران : (١) أن الدين الأصلى فى الوفاء بمقابل لا ينقضى بالوفاء ولا بالمقاصة، وإنما ينقضى بالتجديد. أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى فينقضى بالوفاء عيناً ، لا بمقابل الوفاء(١) . (٢) إن الوفاء بمقابل يجمع فى أحكامه بين معنى الوفاء ومعنى نقل الملكية(٢) ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الوفاء بمقابل

٤٨١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= وما بعدها — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٨٨ — ص ٧٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٩ ص ٦٥٩ وفقرة ١٢٥٠ ص ٦٥٩ — ص ٦٦٠ — بيدان لاجارد ٨ فقرة ٤٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٩٢٨ ص ٤٩٣ .

وانظر فى هذا المعنى أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٨١ .

وانظر انتقاداً لا يخلو من المبالغة لهذا التكييف فى دى باج ٣ فقرة ٥١٠ — فقرة ٥١١ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الإدلاء بالعوض ، وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هذا الدين ، وهذا الالتزام هو الذى ينقضى بالوفاء فور الوقت من طريق انتقال حق الملك فى ذلك العوض . فالاعتياض والحالة هذه ليس إلا تجديداً يتبع بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧) .

(٢) فالوفاء بمقابل هو إذن تصرف قانونى مركب (acte juridique complexe) من تجديد ونقل ملكية ووفاء . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « بيد أن المشروع آثر أن يخصه (الوفاء بمقابل) ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره وتراكب طبيعته فى فقه القانون : فيراعى من ناحية أن الإدلاء بعوض ينقل ملكية ما يؤدى فى مقابل الوفاء ، وفى هذه الحدود تطبق أحكام البيع . ويراعى من ناحية أخرى أنه يهيىء للمدين طريقاً لإبراء ذمته من الدين ، وفى هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء . وقد يقال أخيراً إن الاعتياض ينتهى أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤) .

« يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه ، من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات »(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٠٠ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣١٩(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا العبارة الآتية التى وردت فى المشروع التمهيدى : « يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث إنه ينقل ملكية الشيء الذى أعطى فى مقابلة الدين ... »، وفيما عدا عبارة « احتساب الخصم » فى المشروع التمهيدى . وفى لجنة المراجعة عدلت عبارة : « من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الخ » بعبارة « فيما إذا كان ينقل ملكية شيء ». وكانت عبارة المشروع التمهيدى أدق فى المعنى من عبارة لجنة المراجعة ، لأن العبارة الأخيرة توهم أن الوفاء بمقابل قد لا ينقل الملكية فى بعض صوره ، وقد رأينا إنه ينقل الملكية فى جميع الصور (قارن مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٨). وأصبح رقم المادة ٣٦٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص. وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت عبارة « احتساب الخصم » بعبارة « تعيين جهة الدفع » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٦ و ص ٢٣٨ - ص ٢٣٩) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٤٣ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٩٣ — فقرة ٧٩٤ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٤٩ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٣٨ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدنى المصرى — وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٢٧ — فقرة ٣٢٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣١٩ : إن قواعد البيع تطبق مبدئياً على الإيفاء بأداء =

ويخلص من هذا النص أن الوفاء بمقابل مزدوج الأحكام ، فتسرى عليه أحكام البيع باعتباره ناقلا للملكية ، وتسرى عليه أحكام الوفاء باعتبار أنه يقضى الدين .

٤٨٢ — الوفاء بمقابل باعتباره ناقلا للملكية : لما كان الوفاء بمقابل ينقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن ، فانه يسرى عليه من هذه الناحية أحكام البيع وأحكام نقل الملكية بوجه عام .

وقد ذكر النص من هذه الأحكام ثلاثة على وجه التخصيص(١) :

١ — أهلية المتعاقدين : وقد قدمنا أنه يشترط فى المدين أن تتوافر فيه ، لا أهلية الوفاء فحسب ، بل أيضاً أهلية التصرف . وكذلك يشترط فى الدائن أهلية الالتزام (٢) .

٢ — ضمان الاستحقاق . فإذا استحق المقابل فى يد الدائن ، رجع على المدين . ولا يرجع بالدين الأصلى ، فان هذا الدين قد انقضى بالتجديد كما قدمنا ، وقد انقضت تأميناته معه ، فلا يعود ولا تعود . وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشترى على البائع ، لأنه إنما يطعن فى التصرف الخاص بنقل الملكية لا التصرف الخاص بالتجديد . إذ التجديد قد أصبح باتا لا رجوع فيه ، وهو الذى قضى الدين الأصلى بتأميناته ، وأقام مقامه الدين الجديد الذى يستوجب تنفيذه نقل الملكية(٣) .

= العوض ، ولا سيما القواعد المختصة بالضمان وبأهلية المتعاقدين — على أن قواعد الإيفاء تطبق بالقياس وبقدر المستطاع ، ولا سيما فيما يختص بتعيين جهة الإيفاء . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى ، وإذا كان نص التقنين اللبنانى لم يذكر انقضاء التأمينات صراحة ، إلا أن هذا الانقضاء يستخلص بداهة من قواعد الوفاء الواجبة التطبيق) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ .

(٢) جوسران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٣) وقد يقال إنه مما يتفق مع نية الطرفين ، فى حالة ما إذا لم تخلص ملكية المقابل للدائن ، أن يفسخ الوفاء بمقابل فى مجموعه ، بما ينطوى عليه من تجديد ووفاء ونقل ملكية ، ويعود الدين الأصلى إلى ذمة المدين . وقد جاء فى هذا المعنى فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يكون للدائن فى هذه الحالة إلا حق الرجوع بدعوى الضمان ، ما لم يطلب الحكم بفسخ الاعتياض ذاته : قارن المادة ٩٩٨ من التقنين البرازيلى ، وهى تقضى بأن الدين القديم يعود =

ولما كان الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق كما قدمنا ، فانه يرجع ، طبقاً لأحكام هـذا الضمان ، بما يأتى : (١) قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . (٢) وقيمة الثمار التى ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل . (٣) والمصروفات النافعة التى لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيء النية . (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى . (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل(١) .

ولا شك فى أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالدين الأصلى ، ولكن تأمينات الدين الأصلى تزول كما قدمنا فلا تكفل ضمان الاستحقاق .

٣ — ضمان العيوب الخفية : فاذا لم يستحق المقابل ، ولكن الدائن كشف فيه عيباً خفياً ، فانه يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية ، كما يرجع المشترى على البائع ، طبقاً لأحكام المواد ٤٤٧—٤٥٤ مدنى . ويخلص من هذه النصوص أن العيب لو أثر فى المقابل إلى حد لو علمه الدائن لما رضى بهذا المقابل ، كان له أن يرده إلى المدين وأن يطالبه بالتعويض على النحو الذى بيناه فى ضمان الاستحقاق . أما إذا اختار الدائن استبقاء المقابل ، أو كانت الخسارة لم تبلغ

= إلى الوجود ويزول أثر المخالصة الخاصة به متى استحق العرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ — ٢٣٨) . انظر أيضاً المادة ١١٩٧/٢ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد — والأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٦٤ — ص ٦٥ .

ولكن القول برجوع الدين الأصلى ، عن طريق فسخ الوفاء بمقابل فى مجموعه ، يقتضى أن يرجع مع الدين الأصلى تأميناته التى كانت تكفله ، وهذا يتعارض مع نص القانون الصريح من أن التأمينات تنقضى . ومن ثم لا يكون للدائن ، فى حالة استحقاق المقابل ، إلا الرجوع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سنبسطه ، ولا يجوز له فسخ التجديد . فيبقى الدين الجديد قائماً ، ولا يعود الدين الأصلى ولا تعود تأميناته (انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٣٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٤ — كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ٢ فقرة ٩٨٨) .

(١) انظر المادة ٤٤٣ من التقنين المدنى فى ضمان الاستحقاق .

الحد المتقدم الذكر ، لم يكن له إلا أن يطالب المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (م ٤٥٠ و ٤٤٤ مدنى)(١) .

ولما كان نص المادة ٣٥١ مدنى لم تحصر أحكام البيع التى تسرى على الوفاء بمقابل فى الأحكام الثلاثة المتقدمة الذكر ، بل ذكرتها على سبيل التمثيل والتخصيص ، فانه يبدو أن بعض أحكام البيع الأخرى – كحق امتياز البائع إذا كان هناك معدل (soulte) يدفعه الدائن للمدين(٢) ، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعدل ، وحق تكملة الثمن للغبن فيما إذا كان الدائن قاصراً وكان المقابل عقاراً تقل قيمته عن أربعة أخماس الدين(٣) ، تسرى على الوفاء بمقابل(٤) .

٤٨٣ – الوفاء بمقابل باعتباره وفاء : ثم إن الوفاء بمقابل ، باعتباره وفاء ، يقضى الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى كما قدمنا . أما الدين الأصلى فقد انقضى بالتجديد ، كما سبق القول .

ومن ثم تترتب النتائج الآتية(٥) :

١ – تزول التأمينات التى كانت للدين الأصلى ، ولا تعود حتى لو استحق

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ – أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٧ .

(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٩٣٧ – أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٦ .

(٣) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٩٣٧ – أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٥ – بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٧ مكررة أولا – فقرة ١٦٨٨ . وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣ وفقرة ١٢٥٥ .

(٤) وكذلك تدفع رسوم انتقال الملكية فى الوفاء بمقابل بنفس المقدار الذى تدفع به فى البيع (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣١٧ – وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣) .

(٥) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ – ص ٢٣٨ .

المقابل فى يد الدائن، على النحو الذى قدمناه . وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلى قد انقضى وانقضت معه تأميناته عن طريق التجديد(١) .

٢ — تتبع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع (imputation du paiement) فيما إذا كان فى ذمة المدين للدائن عدة ديون من جنس واحد وقد دفع المدين مقابلا للوفاء ببعضها دون بعض ، فيكون له وقت الدفع أن يبين الدين الذى دفع مقابله . فان لم يبين ، كان الدين المدفوع له المقابل هو الدين الحال ، ثم الدين الأكثر كلفة على المدين . فان تعادلت الديون فى الحلول وفى الكلفة على المدين ، كان للدائن أن يعين الدين الذى استوفى مقابله .

٣ — إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلا لدين لا وجود له ، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية . ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكن يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق(٢) .

٤ — يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء . فاذا وفى المدين المعسر ، وفاء بمقابل ، أحد دائنيه قبل

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٢ — جوسران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٨ — ويمكن القول أيضا إن الذى أعطى المقابل ، وقد تبين أنه غير مدين ، يكون بمثابة البائع الذى لم يستوف الثمن من المشترى ، فيفسخ البيع ويسترد المبيع . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدراً من أطيانه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من دين سبق أن حوله الدائن إلى أجنبى ، وتعهد الدائن باحضار مخالصة من ذلك الأجنبى عند التصديق على عقد البيع ، وحرر بين الطرفين فى تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأطيان الواردة به ، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائى ، ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبى ، بل إن هذا الأخير استمر فى إجراءات التنفيذ بالنسبة إلى باقى الدين فنزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد ، فرأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبى بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقى الدين تكون الأطيان المبيعة للدائن تحت يده من غير مقابل ، وعلى هذا قضت بفسخ العقد ، فإنها تكون قد أصابت ، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين — الذى هو فى مركز البائع — الحق فى فسخ العقد إذا حال الدائن الذى أخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمتابعة التنفيذ وفاء لدينه ، إذ يكون الدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٩ ص ٣٨٥) .

انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء، لم يسر هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين. وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل[1].

---

(١) وذلك كله قياساً على المادة ٢/٢٤٢ مدنى ، وقد وردت فى خصوص الطعن بالدعوى البولصية فى الوفاء ، فيمكن قياس الوفاء بمقابل على الوفاء . انظر : استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٦٦ .

الفصل الثانى

التجديد والانابة فى الوفاء (*)

(Novation et délégation)

الفرع الأول

التجديد

(Novation)

٤٨٤ — التجديد نظام قانونى محدود الأهمية — شروطه والآثار المترتبة عليه: التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم ، فيكون سبباً فى قضاء الدين القديم وفى نشوء الدين الجديد. فالتجديد إذن هو سبب لانقضاء الالتزام، وهو فى الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام . فهو اتفاق (convention) على قضاء الالتزام القديم ، وعقد (contrat) لإنشاء الالتزام الجديد ، وهو فى الحالتين تصرف قانونى (acte juridique) . ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير فى الدين (أى فى محله أو فى مصدره) ، وإما بتغيير المدين ، وإما بتغيير الدائن .

والتجديد كنظام قانونى أصبح اليوم محدود الأهمية خلافاً لما كان عليه الأمر

(*) مراجع : بول جيد (Paul Gide) دراسة فى التجديد وحوالة الحق فى القانون الرومانى سنة ١٨٧٩ — بيتى (Petit) نظرات (réflexions) فى الحوالة : المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٠ ص ٩٥ — هوبير (Hubert) بحث فى النظرية القانونية للإنابة رسالة من بواتييه سنة ١٨٩٩ — نجر (Nègre) شروط الانعقاد والصحة فى التجديد رسالة من إكس سنة ١٩٢٠ — تالير (Thaller) الصبغة القانونية لسند الائتمان : حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ — كابيتان (Capitant) فى السبب .

فى القانون الرومانى(١) ، وقل الالتجاء إليه فى التعامل . فالتجديد بتغيير الدين أصبح يغنى عنه الوفاء بمقابل ، وتغنى حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين ، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن . ومن ثم اختفى التجديد فى بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى(٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونبحث فى التجديد : (أولا) شروطه (ثانياً) الآثار التى تترتب عليه .

---

(١) لم تكن حوالة الحق ولا حوالة الدين معروفة فى القانون الرومانى على ما قدمنا ، فكان التجديد يقوم مقام الحوالة . على أن التجديد فى القانون الرومانى كان يختلف فى جوهره عن التجديد فى القوانين الحديثة . فهو لم يكن يغير من محل الدين ، بل كان يغير شكله ، فيفرغه غالباً فى عقد لفظى (stipulatio) وأحياناً فى عقد كتابى (litteris) ، فيكسبه جدة ويزيد فى قوته . وقد يكون التجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ليقوم مقام حوالة الحق أو حوالة الدين ، بل قد يكون بتغيير عنصر غير جوهرى فى الالتزام كإضافة أجل أو توثيق الدين بضمان مما لا يعتبر تجديداً فى القوانين الحديثة . فالتجديد فى القانون الرومانى كان أقرب إلى المساس بصورة الالتزام وشكله منه إلى تغيير موضوعه وطبيعته . أما التجديد فى القوانين الحديثة فيجرى على أساس النية لا الشكل ، ويغير فى الالتزام الأصلى تغييراً جوهرياً إلى حد استبدال التزام جديد به . ومن ثم كان التجديد فى القانون الرومانى مسألة شكلية تتصل بصورة الالتزام ، والتجديد فى القوانين الحديثة مسألة موضوعية تتصل بحرية التعاقد وسلطان الإرادة (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٩ وفقرة ١٧١١ – بلانيول بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتجديد . فقد جرت الأولى على إفراد مكان لهذه الأحكام فى النصوص ، متأثرة بما كان لها من منزلة فى القانون الرومانى ، وقد كان هذا القانون يجهل حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء ، فألجىء بذلك إلى الاستعاضة بالتجديد عن هذا وتلك . أما الثانية فتهمل التجديد على نقيض ذلك ، وتستعيض عنه بحوالة الحق وحوالة الدين ، وهما بطبعهما أدنى إلى التمشى مع التصوير المادى للالتزام . على أن الفوارق بين هذين المذهبين أقرب إلى المساس بالعرض منها إلى المساس بالجوهر ، فالتقنينات اللاتينية تقر صراحة حوالة الحق ، ولا تمانع على وجه الإطلاق فى حوالة الدين . والتقنينات الجرمانية (وردت خطأ : اللاتينية) لا تضيق بالتجديد حيث تتضح جدواه كما هو الشأن فى التجديد بتغيير الدين بوجه خاص . ولم ير المشروع أن يشذ عن التقليد اللاتينى ، ولا سيما أن الإنابة مع أهميتها تقترن بالتجديد باعتبارها مجرد وصف من أوصافه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) .

ولم يغفل التقنين المدنى الجديد شأن التجديد ، لاتصاله بالإنابة من ناحية ، ولأن التجديد بتغيير الدين لا تزال له أهمية كبيرة فى العمل من ناحية أخرى (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦ ص ٦٦٤) . فعرض لأحكام التجديد ، وتولاها بشىء من الضبط =

المبحث الأول

شروط التجديد

٤٨٥ – شروط ثلاثة : يمكن رد شروط التجديد إلى ثلاثة . إذ التجديد يفترض وجود التزامين متعاقبين الجديد منهما يحل محل القديم ، على أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى أحد عناصره ، وعلى أن تتوافر عند الطرفين نية التجديد(١) .

فشروط التجديد إذن هى : (١) تعاقب التزامين ، قديم حل محله جديد (٢) اختلاف ما بين الالتزامين فى أحد العناصر (٣) نية التجديد .

المطلب الأول

تعاقب التزامين قديم حل محله جديد

٤٨٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= والتجديد . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد عرض المشروع لبعض الأحكام الخاصة بالتجديد ذاته بشىء من الضبط والتحديد ، لاسيما ما تعلق منها بتجديد الالتزام الباطل أو القابل للبطلان ، وبالتطبيقات العملية لفكرة عدم افتراض التجديد ، وبانتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) . وجاء فى موضع آخر : « يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه فى آن واحد . وليس شك فى أن الحوالة والإنابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام ، وتفضله من وجوه . وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجرمانية إلى أغفاله : انظر مع ذلك المواد ١٣٧٥ – ١٣٧٧ من التقنين النمساوى . بيد أن للتجديد مزايا ما تزال باقية تتجلى قيمتها عند ما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره : انظر المادة ٢٦٣ من التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣) .

ويعرض التقنين المدنى الايطالى الجديد فى تفصيل لتنظيم التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الموضوعى ، ولا يشتمل إلا على نص واحد فى التجديد بتغيير المدين وهو التجديد الشخصى ، ويسكت عن التجديد بتغيير الدائن (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٧٠ – ص ٧١) .

(١) أسيوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٦٢ ص ١١٢٨ .

« ١ — لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان » .

« ٢ — أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله »(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٠ — ولا مقابل فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٢(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة ، أزيلت فى لجنة المراجعة فأصبح التطابق تاما . ووافقت اللجنة على المادة تحت رقم ٣٦٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٤ — ص ٢٤٦) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٤ — فقرة ٥٧٥ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل للنص ، والسبب هو اختلاف نظرية البطلان فى التقنين العراقى عنها فى التقنين المصرى ، ومع ذلك فالأحكام واحدة رغم هذا الاختلاف (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٣ — فقرة ٢٣٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٢٢ : لا يتم التجديد إلا إذا كان الموجبان القديم والحديث موجودين حقيقة وليس بهما سبب للابطال المطلق — أما مجرد قابلية الإبطال لهذا الدين أو لذاك فلا يحول دون التجديد ، بل تبقى مفاعيله موجودة مادام الإبطال لم يحكم به . وإن الدين القابل للإبطال يجوز استبداله بموجب صحيح إذا كان صاحب دعوى الإبطال عالما بالحالة ، فيعد حينئذ عادلا عن حق إقامتها — والموجب الطبيعى يجوز استبداله بواسطة التجديد بموجب مدنى .

(وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى ، إلا فى تجديد الالتزام الطبيعى ، ففى التقنين المصرى لا يكون هذا تجديدا وإنما هو إنشاء لالتزام مدنى سببه الالتزام الطبيعى ، وقد سبق ذكر ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام فى الالتزام الطبيعى) .

ويخلص من هذا النص أنه حتى يتم التجديد يجب أن يوجد التزام قديم خال من أسباب البطلان، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خال هو أيضاً من أسباب البطلان .

٤٨٧ — وجود التزام قديم : يفترض التجديد وجود التزام سابق ، هو الذى يقوم عليه التجديد فيقضيه ، وندعوه هنا بالالتزام القديم .

فاذا لم يكن هذا الالتزام القديم موجوداً فعلا بل ظن وجوده توهماً ، وكذلك إذا كان هذا الالتزام قد انقضى بسبب سابق على التجديد ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد ولو اتفق الطرفان على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام الموهوم . ذلك أن الالتزام الجديد إنما يستمد قوامه من أنه حل محل التزام قديم ، فاذا لم يوجد هذا الالتزام القديم لم يقم تبعاً لذلك الالتزام الجديد(١) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأى سبب من أسباب البطلان ، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعيته أو عدم مشروعية السبب ، فان الالتزام القديم يكون معدوماً فى هذه الحالة إذ العقد الباطل لا ينتج فى الأصل أثراً ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد لهذا الالتزام المعدوم(٢) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال ، لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الإرادة ، فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام لا يكون صحيحاً ، بل يبقى مهدداً بالإبطال . فاذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم ، فانعدم لذلك الالتزام الجديد ، وبطل التجديد(٣) . على أن الفقرة الثانية

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ — وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « يشترط لصحة التجديد إلا يكون أحد الالتزامين ، القديم أو الجديد ، مطلق البطلان . فإذا كان الالتزام القديم باطلا ، استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه . وإذا كان الالتزام الجديد باطلا ، بقى الالتزام القديم قائماً لامتناع أثر التجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

(٣) وقد لا يكون الالتزام القديم قابلا للإبطال ، ولكنه يكون خاضعاً لحكم خاص تقرر قبل التجديد أو بعده ، فلا يقوى التجديد على حجب هذا الحكم ، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد . من ذلك ماقضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربا فاحش ، =

من المادة ٣٥٣ مدنى أوردت استثناء على هذا الأصل ، فنصت كما رأينا على ما يأتى :
« أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله » . فاذا كان الطرف الذى له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح فى حال يستطيع معها إجازة هذا العقد ، ثم أقدم على تجديد الالتزام وهو على بصيرة من الأمر ، فان التجديد ذاته يعتبر إجازة للعقد . فينقلب الالتزام القديم صحيحاً ، ويصح تبعاً لذلك الالتزام الجديد ، فيحل محل الالتزام القديم ، ويتم التجديد(١) . وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد إلى إجازة العقد ، بأن يكون العاقد الذى وقع فى غلط مثلا لم يكشف العيب ، فيبقى التجديد ، كما قدمنا ، مهدداً بالإبطال . ولكن يصح أن يجيز العاقد العقد بعد تمام التجديد وبعد كشفه للعيب ، فينقلب العقد صحيحاً ، وتستتبع صحة العقد صحة التجديد(٢) . وقصد إجازة العقد ، سواء قارن التجديد أو أعقبه ، يتوقف الأمر فيه على نية صاحب الشأن . وهى نية موكول كشفها لقاضى الموضوع ، ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض .

وإذا كان العقد القديم قابلا للفسخ وفسخ فعلا ، فقد سقط الالتزام القديم وسقط معه التجديد (٣) .

= فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانوناً (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٧ — ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ — ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٩ — ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٣) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة أسيوط من أنه إذا استبدل دين بدين ، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يعطى للمدين الحق فى خصم جزء من الدين الأول ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا القانون ، إذ هو لم يدخل فى تقديره وقت الاستبدال ، ولم يحصل تقصير منه فى عدم التمسك به (أسيوط أول مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٩ ص ٤٣٠) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥ .

(٢) وهذا كله لو اشترك العاقد الذى له حق إبطال العقد فى التجديد . أما إذا لم يشترك فيه ، وتقدم مدين جديد يتعاقد مع الدائن ليحل محل المدين الأصلى الذى له حق إبطال العقد ، فإن هذا المدين الأصلى يبقى على حقه فى طلب إبطال العقد ، حتى لو كان المدين الجديد عالما بسبب الإبطال . فيسقط التجديد أو يصح ، تبعاً لما إذا أبطل المدين الأصلى العقد أو أجازه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٢) .

(٣) طنطا ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٦ ص ٣٠٠ .

وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط ، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً ، فان التجديد يكون هو أيضاً معلقاً على هذا الشرط . فاذا تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح التجديد باتا . إما إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط للفاسخ ، فانعدم الالتزام القديم ، انعدم تبعاً له الالتزام الجديد ، وسقط التجديد(١) .

وإذا كان الالتزام القديم التزاماً طبيعياً ، فقد قدمنا فى الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام فى الالتزام الطبيعى ، أن الالتزام الطبيعى لا يكون محلا للتجديد ، وإنما يكون سبباً (cause) يقوم عليه الالتزام الجديد(٢) .

٤٨٨ — إنشاء التزام جديد : ويفترض التجديد أيضاً قيام التزام جديد ، هو الذى يقع عليه التجديد فينشئه ، ويحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذى يكون قد انقضى بالتجديد .

ويجب ، حتى يتم التجديد ، أن ينشأ هذا الالتزام الجديد صحيحاً ، فان الدائن لم يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا فى مقابل إنشاء الالتزام الجديد . ومصدر هذا الالتزام الجديد هو التجديد ذاته ، أى العقد الذى أبرم ما بين الدائن والمدين .

فاذا كان هذا العقد باطلا ، لم ينشأ الالتزام الجديد ، وسقط التجديد تبعاً لذلك ، وبقى الالتزام على أصله دون أن ينقضى .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢١ — ص ٣٢٢ — ومع ذلك قد تنصرف نية الطرفين إلى بقاء التجديد حتى لو زال الالتزام القديم بحكم الشرط ، كما إذا جدد الطرفان التزاماً معلقاً على شرط قيمته مائة فأحلا محله التزاماً باتا قيمته خمسون ، فيصبح التجديد باتا تحقق الشرط أو تخلف (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٩ — وأنظر : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٨) .

(٢) انظر المادة ٢٠٢ مدنى — وانظر عكس ذلك المادة ٣/٣٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

وإذا انقضت مدة التقادم فى التزام معين ، فقبل التمسك بالتقادم يبقى الالتزام قائماً ، ويجوز تجديده ، ويعتبر التجديد نزولا عن حق التمسك بالتقادم . أما بعد التمسك بالتقادم ، فإن الالتزام يسقط ، ويتخلف عنه التزام طبيعى ، لا يكون قابلا للتجديد ، ولكن يجوز اتخاذه سبباً لإنشاء التزام مدنى (دى باج ٣ فقرة ٥٧٠) .

وإذا كان عقد التجديد قابلا للإبطال ، فان مصير التجديد يبقى مهدداً(١) . فاذا ما أبطله صاحب الحق فى الإبطال ، زال الالتزام الجديد ، وعاد الالتزام القديم بأثر رجعى ، إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن(٢) . أما إذا أجيز عقد التجديد ، فقد انقلب التجديد صحيحاً ، وبقى الالتزام الجديد قائماً على وجه بات يحل محل الالتزام القديم .

وإذا كان عقد التجديد معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ ، ظل التجديد معلقاً على هذا الشرط(٣) . فان تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح إنشاء الالتزام الجديد نهائياً وتم التجديد على وجه بات . أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فان الالتزام الجديد يزول ويعود تبعاً لذلك الالتزام القديم بأثر رجعى ، ويعتبر التجديد كأن لم يكن(٤) .

المطلب الثانى

اختلاف ما بين الالتزامين فى أحد العناصر

٤٨٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يتجدد الالتزام :

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وإن كان الالتزام الجديد هو القابل للبطلان ، يظل التجديد قائماً حتى يقضى ببطلان هذا الالتزام : انظر المادة ٣٢٢ من التقنين اللبنانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

(٢) وقد يقبل الدائن الالتزام الجديد القابل للابطال على علاته ، معتمداً على أن صاحب الحق فى الإبطال سيجيز عقد التجديد ولا يبطله ، فيرضى بانقضاء الالتزام القديم على وجه بات حتى لو أبطل عقد التجديد . فى هذه الحالة ، إذا أبطل عقد التجديد على خلاف ما أمله الدائن ، فإن الالتزام القديم لا يعود بالرغم من سقوط التجديد ، ويكون الدائن عندما قبل التجديد على هذا النحو قد أبرم فى الواقع من الأمر عقداً احتمالياً (ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٢١ — لوران ١٨ فقرة ٢٥٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩) .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ .

(٤) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٢ — وهذا كله ما لم يقصد الطرفان أن يبقى الالتزام —

« أولا - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره » .

« ثانياً - بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد » .

« ثالثاً - بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٨٧/٢٥١(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥٠ - وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٣٩ - وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٠١ و٤٠٢ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٣(٣).

= الجديد قائما حتى لو زال الالتزام القديم بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، فإن زال الالتزام القديم على هذا النحو بقى الالتزام الجديد قائماً وفقاً لإرادة الطرفين ، ولكن لايكون هذا تجديدا (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٤ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٨٧/٢٥١ : يحصل الاستبدال بأحد الأمور الآتية : أولا - إذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين الأصلى بدين جديد أو على تغيير سبب الدين الأصلى بسبب آخر . ثانيا - إذا اتفق الدائن مع شخص على انتقال الدين لذمته وبراءة ذمة المدين الأصلى بدون احتياج لرضاه بذلك ، أو استحصل المدين على رضاء دائنه باستيفاء دينه من شخص آخر ملتزم بأدائه بدلا عن المدين . ثالثا - إذا اتفق الدائن مع مدينه على دفع الدين لشخص آخر وارتضى الشخص المذكور ذلك .

(ولا فرق فى هذا ما بين التقنينين القديم والجديد : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٥) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٥٠ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبي م ٣٣٩ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدنى المصرى) . =

٤٩٠ — لابد من مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم فى عنصر هام: ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه حتى يكون هناك تجديد ، لا بد أن يخالف الالتزام الجديد الالتزام القديم فى عنصر من عناصره الهامة . أما إذا كان الالتزام الجديد لا يغاير الالتزام القديم ، فلا يعدو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير ، أو إقراراً (ratification) له حتى يسرى فى حق الغير ، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول البطلان ، أو نحو ذلك ، ولكنه لا يكون على كل حال تجديداً .

كذلك إدخال تعديل غير جوهرى(١) على الالتزام القديم لا يعد تجديداً(٢) .

— التقنين المدنى العراقى م ٤٠١ : يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين ، على أن يستبدل بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره .

م ٤٠٢ : يجوز تجديد الالتزام أيضاً بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد ، أو بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه ، أو إذا قبل شخص أجنبى أن يكون المدين الجديد وحصل المدين الأصلى على إجازة الدائن لذلك .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٣٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٢٣ : لا يكون التجديد إلا بإدخال عنصر جديد فى الموجب . ويتناول التبديل ، إما شخص أحد المتعاقدين ، وإما موضوع الموجب ، وإما السند القانونى الذى يستمد منه الموجب .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، رغم اقتضاب نص التقنين اللبنانى) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن استبدال الالتزام عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وعلى أن يحلا محله التزاما آخر يختلف عن الأول بأحد عناصره الهامة : العاقدين أو الموضوع أو السبب القانونى . ومن المتفق عليه علماً وقضاء أن التعديلات التى تطرأ على قيمة الالتزام ، أو أجله ، أو طريقة الدفع ، أو التأمينات ، أو شكل العقد بأن كان العقد رسمياً فأصبح عرفياً أو العكس ، لا تكفى لإحداث الاستبدال القانونى (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧) ، إلا إذا وجد من الظروف ما يدل على أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تجديد الدين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣ : مجرد تعيين طريق الوفاء (mode de règlement) مع التصريح بأن ليس هناك تجديد لا يعتبر تجديداً .

فاضافة أجل الى الالتزام القديم ، أو مد أجل قائم ، أو إلغاء أجل موجود [١] ، كل ذلك لا يعد تعديلا جوهريا بحيث يكون الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم إلى حد أن يكون هناك تجديد[٢] . كذلك إضافة شرط جزائى إلى الالتزام ، أو تقديم تأمين عينى أو شخصى ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تعديل مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لايعد تعديلا جوهريا يترتب عليه تجديد الالتزام[٣] . وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديداً ، فيتم التجديد ، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً فى محل الدين[٤] .

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ ، أو بالعكس إلغاء شرط واقف أو فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً ، فان هذا يعد تعديلا جوهريا فى الالتزام الى حد أن يكون تجديداً له بتغيير محل الدين[٥] .

---

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ — ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ — ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٣ : إبدال ورقة تجارية (كمبيالة مثلا) بورقة أخرى لمد الأجل لا يعد تجديداً .

(٣) انظر المادة ٢/٣٥٤ مدنى وسيأتى ذكرها فيما يلى فقرة ٤٩٧ — وانظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥ .

(٤) قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٣ .

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ — ولا يعد تجديدا الصلح مع المفلس ، أو تغيير العملة التى يكون بها الوفاء ، أو تعيين وكيل لقبض الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٤ — فقرة ١٧٠٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص٣٢٨— ص ٣٢٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥) . أما تعديل الالتزام البسيط إلى التزام تخييرى ، أو بالعكس تعديل الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط ، فيعد تجديداً ، لأن التعديل تناول ذاتية محل الالتزام . بخلاف ما إذا عدل الالتزام البسيط ، إلى التزام بدلى ، أو عدل الالتزام البدلى إلى التزام بسيط ، فإن هذا ليس بتجديد ، لأن التعديل لم يتناول إلا طريقة من طرق تنفيذ الالتزام (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢) . كذلك صدور حكم بالدين لا يعد تجديداً لهذا الدين ، بل يبقى الدين المحكوم به كما هو بمقوماته وضماناته ، وكل ما تغير فيه أنه صار مقترناً بسند تنفيذى هو الحكم . أما فى القانون الرومانى فقد كانت الصناعة فيه تقتضى أن يكون الحكم تجديداً للدين (انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٤ — ص ٨٥) .

ويمكن حصر التعديلات الجوهرية التي يتم بها التجديد ، كما هو ظاهر نص المادة ٣٥٢ مدني السابق ذكرها ، في ثلاثة : (١) تعديل بتغيير الدين في محله أو في مصدره ، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدين (novation par changement d'objet)
(٢) تعديل بتغيير شخص الدائن (novation par changement de eréaneier)
(٣) تعديل بتغيير شخص المدين (novation par changement de débiteur)(١)

٤٩١ — التجديد بتغيير الدين في محله أو في مصدره : تقرر المادة ٣٥٢ مدني ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره(٢).

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في المحل إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً مثلا ، فاتفق الطرفان على أن يكون الالتزام الجديد محله بضاعة أو عروض أو منقول أو عقار كمقادير من القطن أو الحنطة أو كسيارة أو أرض أو دار . وقد يكون محل الالتزام القديم بضاعة أو عروضاً أو منقولا أو عقاراً ، فيتجدد بالتزام يكون محله نقوداً(٣) . وقد يكون محل الالتزام مبلغاً مقطوعاً من المال ، فيتجدد إلى التزام محله إيراد موقت أو إيراد مؤبد ، أو العكس يكون المحل إيراداً موقتاً أو مؤبداً فيتجدد إلى محل هو مبلغ مقطوع . ويكفي أن تتغير طبيعة المحل ، فيكون تجديداً إبدال دين تجاري بدين مدني أو دين مدني

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣ — ولا يوجد ما يمنع من أن يتم التجديد بتعديل أكثر من عنصر واحد من هذه العناصر الثلاثة ، أو بتعديلها جميعاً (بودري وبارد ٣ فقرة ١٦٩٧) . وقد رأينا أن حوالة الدين المقيدة في بعض مذاهب الفقه الإسلامي هي تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن في وقت واحد (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا نفذ الالتزام الجديد فوراً كان هذا وفاء بمقابل لا تجديداً ، وأن الذي يميز بين الوفاء بمقابل والتجديد هو التنفيذ الفوري أو المتراخي للالتزام الجديد . فإن كان التنفيذ فوريا انقضى الالتزام الأصلي عن طريق الوفاء بمقابل (أي بتجديد ثم وفاء) ، وإن تراخى التنفيذ انقضى الالتزام الأصلي عن طريق التجديد .

بدين تجاری(١) . ويغلب أن يتعادل المحل الجديد مع المحل القديم فى القيمة ، ولكن هذا التعادل غير ضرورى لصحة التجديد ، فقد يزيد أحدهما عن الآخر أو ينقص .

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى المصدر إذا اتفق البائع والمشترى مثلا على أن يبقى الثمن فى ذمة المشترى على سبيل القرض ، فبعد أن كان مصدر الالتزام عقد بيع أصبح مصدره عقد قرض(٢) . كذلك إذا جدد حافظ الوديعة التزامه برد الوديعة فاقترضها والتزم بردها كقرض لا كوديعة ، أو بالعكس جعلها بعد القرض وديعة ، كان هذا تجديداً بتغيير مصدر الالتزام ، فبعد أن كان مصدره وديعة أصبح المصدر قرضاً ، أو بعد أن كان المصدر قرضاً صار وديعة . كذلك إذا استبدل المستعير أو حافظ الوديعة بالتزاماته التزامات المستأجر ، فأصبح مستأجراً لما استعاره أو لما استودع إياه ، كان هذا تجديداً بتغيير المصدر ، فقد أصبح المصدر إيجاراً بعد أن كان عارية أو وديعة(٣) .

٤٩٢ — *التجديد بتغيير الدائن* : وتقرر المادة ٣٥٢ مدنى أيضاً ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد . فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة : المدين والدائن القديم والدائن الجديد . فالمدين يتفق مع الدائن القديم على انقضاء الالتزام السابق ، ويتفق مع الدائن الجديد على إنشاء الالتزام الجديد الذى يحل محل الالتزام السابق . وبذلك يتم التجديد بتغيير الدائن ، فينقضى التزام سابق ويحل محله التزام جديد يختلف عن الالتزام السابق

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠١ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٤٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٣ .

(٣) وقد يكتب المستأجر بالأجرة المتأخرة سنداً إذنياً أو سنداً عادياً ، يقسط فيه الأجرة بعد أن يحط جزءاً منها ويشترط براءة ذمته من الأجرة ، فيكون هذا تجديداً بتغيير مصدر الدين : استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤١ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ .

بأن الدائن قد تغير(١) .

ونقارن هنا عملية التجديد هذه بعمليتين أخرتين يتغير فيهما الدائن أيضاً : حوالة الحق والحلول الاتفاقى . ونقتصر فى المقارنة على الكيفية التى تتم بها كل عملية من هذه العمليات الثلاث ، مرجئين المقارنة من حيث الأثر الذى يترتب على كل عملية إلى مكان آخر(٢) . فقد رأينا أن التجديد بتغيير الدائن لايتم إلا باتفاق بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد . أما حوالة الحق فقد تقدم القول أنها تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضاء المدين ، ويكفى إعلانه بالحوالة لا لانعقادها بل لتنفذ فى حقه . ذلك أن الحق الذى انتقل إلى الدائن الجديد فى حوالة الحق هو نفس الحق الذى فى ذمة المدين ، فليس هناك حق جديد يلتزمه المدين فيقتضى رضاءه بهذا الالتزام ، ولم يقع إلا أن المدين قد تغير عليه دائنه وهذا ليس من الخطر بحيث يستلزم رضاء المدين . أما فى التجديد بتغيير الدائن فقد انقضى دين قديم وحل محله دين جديد شغل ذمة المدين ، فلا بد فى انعقاد هذا الدين الجديد من اتفاق بين المدين والدائن الجديد ، ومن ثم كان لابد من رضاء المدين .

وفى الحلول الاتفاقى رأينا أن دائناً جديداً يحل محل دائن قديم فى نفس الدين ، فالحلول من هذه الناحية يتفق مع الحوالة ويختلف عن التجديد . ثم ان الحلول يتضمن وفاء الدين من جهة وانتقاله إلى دائن جديد من جهة أخرى كما سبق . وكل من الوفاء وانتقال الدين لا يقتضى اتفاقاً إلا بين طرفين اثنين ، لا بين الأطراف الثلاثة . فاما أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم على أن يوفيه الدين ويحل محله فيه ، وإما أن يتفق الدائن الجديد مع المدين على الوفاء بالدين للدائن القديم وعلى قبول المدين اياه دائناً جديداً محل الدائن القديم . فأحد

(١) فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم فى دين جديد . فلا يكون هناك تجديد إذا انضم الدائن الجديد إلى القديم فى نفس الدين ، بل يكون هناك اتفاق على تضامن ما بين الدائنين . ولا يكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص الجديد دائناً ، بل وكيلا عن الدائن فى قبض الدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦١) .

(٢) انظر فقرة ٥٠٢ فيما يلى .

الطرفين فى الحلول إذن هو الدائن الجديد، والطرف الثانى إما أن يكون الدائن القديم وإما أن يكون المدين .

٤٩٣ — التجديد بتغيير المدين : وتقرر المادة ٣٥٢ مدنى أخيراً ، كما رأينا، أن الالتزام يتجدد بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد .

فالتجديد بتغيير المدين يتم إذن باحدى طريقتين تقابلان الطريقتين اللتين سبق ذكرهما فى حوالة الدين . فاما أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على التجديد ، بحيث ينقضى الدين القديم ويحل محله دين جديد يكون المدين فيه هو المدين الجديد . وهذه الطريقة تقابل ما رأيناه فى حوالة الدين من اتفاق المدين القديم مع المدين الجديد على الحوالة وإقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تنفذ فى حقه . وهنالك لايشترط رضاء الدائن فى انعقاد الحوالة وإنما يشترط هذا الرضاء فى نفاذ الحوالة فى حق الدائن ، أما هنا فى التجديد فيشترط رضاء الدائن فى انعقاد التجديد لا فى نفاذه فحسب . والسبب فى ذلك أن التجديد يتضمن قضاء دين قديم أحد طرفيه الدائن ، وإنشاء دين جديد أحد طرفيه هو الدائن أيضاً ، فكان لابد من رضائه لقضاء الدين القديم ولإنشاء الدين الجديد . أما حوالة الدين فتنقل نفس الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، فكان لابد من رضائهما ، ولا ضرورة لرضاء الدائن مادام الدائن هو هو لم يتغير ، ولكن لما كان سيتغير عليه مدينه فقد اشترط رضاؤه لنفاذ الحوالة فى حقه لا فى انعقادها(١) .

---

(١) وتغير المدين على الدائن أشد خطراً من تغير الدائن على المدين ، لأن قيمة الدين تتأثر بشخص المدين أكثر من تأثرها بشخص الدائن . ولذلك وجب رضاء الدائن فى نفاذ حوالة الدين ، لأن المدين قد تغير وإن كان الدائن لم يتغير . ولم يجب رضاء المدين فى حوالة الحق ، لأن المدين لم يتغير وإن تغير الدائن . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

والطريقة الثانية فى تجديد الدين بتغيير المدين تكون باتفاق الدائن والمدين الجديد على أن يأخذ هذا المدين مكان المدين الأصلى ، ولا حاجة لرضاء المدين الأصلى لا فى انعقاد التجديد ولا فى نفاذه (١) . وهذه الطريقة تماثل تماماً الطريقة الأخرى فى حوالة الدين ، حيث يجوز أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة لرضاء المدين الأصلى . والعلة واحدة ، فى عدم اشتراط رضاء المدين الأصلى ، فى حالتى التجديد والحوالة . فالمدين الجديد فى التجديد يفى الدين القديم عن المدين الأصلى عن طريق إنشاء دين جديد فى ذمته هو ، ومعروف أن من الجائز أن أجنبياً يفى الدين عن المدين دون حاجة إلى رضائه . والمدين الجديد فى حوالة الدين يتفق مع الدائن على أن يتحمل هو بالدين مكان المدين الأصلى ، وهو فى ذلك ليس فى حاجة إلى رضاء المدين الأصلى إذ هو يستطيع أن يبرىء ذمة هذا المدين دون رضائه كما قدمنا . ولكن يلاحظ أن الدائن عند ما يتفق مع المدين الجديد على التجديد فانه يتفق معه على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد كما سبق القول ، أما عند ما يتفق الدائن

---

(١) وإذا تعامل دائن التركة مع الورثة ، بصفاتهم الشخصية ، كان هذا تجديداً للدين بتغيير المدين ، فقد اتفق الدائن مع الوارث وهو المدين الجديد على أن يأخذ هذا مكان المدين القديم وهى التركة . فيجوز لدائن شخصى للوارث ، فى هذه الحالة ، أن يحتج على دائن التركة بهذا التجديد ، ويعتبره قد أصبح هو أيضاً بعد التجديد دائناً شخصياً للوارث ، فيزاحمه مزاحمة الغرماء فى نصيب الوارث فى التركة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٨ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٢ ص ١٥٦ — أول ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٧ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٨ : التنفيذ على مال الوارث الخاص يعتبر بمثابة تجديد) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢١ .

وأكثر ما يكون التجديد بتغيير المدين فى العمل أن يجدد دائن التركة حقه بتغيير مدينه فيتخذ الوارث مديناً له بدلا من التركة ، أو أن يكون المدين الجديد مديناً للمدين القديم فينوب ، للوفاء بهذا الدين ، عن المدين القديم فى الوفاء بحق الدائن (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٠٥) . ولكن لا بد ، فى هذه الحالة الأخيرة ، من الاتفاق على التجديد فى وضوح . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن مجرد مطالبة الدائن بدين مدينه من مدين آخر ، سواء كانت المطالبة برضاء المدين الأصلى أو بغير رضاه ، لا يعد استبدال دين بغيره مبرئا لذمة الكفيل ، ولا يبرأ الكفيل إلا بعد حصول الدائن على دين مدينه هذا وبتمامه فقط (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٣٦ — انظر أيضاً : استئناف مصر ٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٢١ ص ٦١٦)

مع المدين الجديد على حوالة الدين فانه يتفق معه على تحويل نفس الدين إلى ذمته لا على إنشاء دين جديد .

وإذا تم التجديد بتغيير المدين باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون اشتراك المدين الأصلي ، فان المدين الجديد يكون في حكم من يتعهد بدلا من المدين الأصلي ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالتعهد بدلا من المدين (expromission) (١) . أما إذا تم التجديد باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد والدائن ، فان المدين الأصلي يكون قد أناب المدين الجديد عنه في وفاء الدين عن طريق إنشاء دين جديد مكانه ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالإنابة في الوفاء (délégation) . وهي هنا إنابة كاملة (délégation parfaite) لأن الدين القديم ينقضي ويحل محله دين جديد . وقد تكون الإنابة — كما سنرى — قاصرة (délégation imparfaite) ، وفيها يبقى المدين الأصلي ، فلا ينقضي دينه كما في الإنابة الكاملة ، وإنما ينضم إليه المدين الجديد فيصبح هو أيضاً مديناً بدين آخر لنفس الدائن ، ومن ثم يصبح للدائن مدينان أحدهما مدين بالدين الأصلي والآخر مدين بدين جديد ، ومتى قضى أحدهما دينه برئت ذمة الآخر . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في الإنابة .

وسواء تم التجديد بتغيير المدين بطريقة أو بأخرى ، فقد رأينا أن رضاء

---

(١) أما إذا انضم المدين الجديد إلى المدين القديم بصفته كفيلا له أو مديناً متضامناً معه ، دون أن ينقضي الالتزام الأصلي ، فإن هذا لا يعد تعهداً بدلا من المدين ، بل يكون تعهداً عن المدين في حالة الكفالة أو تعهداً مع المدين في حالة التضامن . وكان الرومان يميزون بين الحالتين ، فيدعون التعهد بدلا من المدين expromissio ، ويدعون التعهد عن المدين أو معه adpromissio .

ولا يجوز تحليل التعهد بدلا من المدين expromissio على أنه اشتراط لمصلحة الغير ، اشترط فيه المدين الجديد على الدائن إبراء ذمة المدين الأصلي في مقابل إنشاء التزام جديد في ذمة المدين الجديد للدائن . إذ لو كان هذا التحليل صحيحاً لترتب عليه أن المدين الأصلي ، وهو المنتفع في هذا الاشتراط ، يكون له الحق في إقرار الاشتراط أو عدم إقراره ، فيتوقف مصير التجديد على رضائه ، مع أن التجديد بالطريقة التي نحن في صددها لا يحتاج أصلا كما قدمنا لرضاء المدين الأصلي لا لوجود التجديد ولا لإقراره بعد وجوده (انظر بودري وبارد ٣ فقرة ١٧١٧) .

كل من الدائن(١) والمدين الجديد ضروري . ثم تختلف الطريقتان بعد ذلك ، ففي طريقة منهما نكتفي برضاء هذين الاثنين ، وفي الطريقة الأخرى لابد أن ينضم إلى رضاهما رضاء المدين الأصلي(٢) .

المطلب الثالث

نية التجديد

٤٩٤ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » .

---

(١) ولا بد أن يرضى الدائن بتجديد الدين وبإبراء ذمة المدين القديم ، فإن لم يبرىء ذمته واستبقاه مديناً كان هذا إنابة قاصرة كما قدمنا (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٧ — ٣ يونيه سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٧٩ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٩ — ٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٨ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٩ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١٤ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤ — ٨ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٥٦ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٥ — ٢٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٨ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٠ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٧ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٢ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٢٨ — ١٥ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٢ — ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦ — ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٧٤ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ — ٦ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٤ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢ — ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٩ — أول مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧١ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٩١) .

(٢) ويجب أن ينصب رضاء المدين الأصلي على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد ، فإن انصب على انتقال نفس الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد كان هذا حوالة دين لا تجديداً . وإن انصب على بقاء الدين في ذمته مع انتقاله إلى دائن جديد ، لم يكن هذا أيضاً تجديداً ، بل هو حوالة حق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بحوالة الحق التي أجراها دائنه لا يترتب عليه تجديد الدين (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٣ — ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤) .

« ٢ — وبوجه خاص لايستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لايتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره » .

وتنص المادة ٣٥٥ على مايأتى :

« ١ — لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار » .

« ٢ — وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فان هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٥٢—٣٥٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٤١—٣٤٢— وليس لها مقابل فى التقنين المدنى العراقى — وتقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٢٠ — ٣٢١ و٣٢٤(٢) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٥٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٧ — ص ٢٤٩) .

م ٣٥٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٩ — ص ٢٥١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٥٢ — ٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤ — ٣٥٥ من التقنين المدنى المصرى) .

وهذه النصوص قائمة على أن التجديد عقد يستلزم الرضاء والأهلية ككل عقد آخر . ويتميز بأن الرضاء لابد أن يشتمل على نية التجديد، ويجب أن تكون هذه النية واضحة فى العقد، لأن التجديد لا يفترض . ومن ثم لا يستفاد التجديد من مجرد تغييرات فى الالتزام لا تمس جوهره ، ولا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار .

٤٩٥ — التجديد عقد : وواضح مما قدمناه أن التجديد عقد (contrat) واتفاق (convention) فى وقت واحد . فهو اتفاق حيث يقضى الالتزام القديم ، وهو عقد حيث ينشىء الالتزام الجديد ، وهو فى الحالتين تصرف قانونى (acte juridique) ، وقد تقدم ذكر ذلك[١] . وأطراف هذا التصرف تختلف باختلاف صور التجديد . فى التجديد بتغيير الدين محلا أو مصدراً يكون طرفا التصرف هما الدائن والمدين . وفى التجديد بتغيير الدائن تكون أطراف التصرف هم الدائن والمدين والدائن الجديد . وفى التجديد بتغيير المدين تكون أطراف التصرف تارة هم الدائن والمدين والمدين الجديد ، وطورا هما الدائن والمدين الجديد وحدهما . وقد سبق بيان ذلك تفصيلا .

والتجديد ، ككل التصرفات القانونية ، يقتضى رضاء أطرافه رضاء خالياً

= التقنين المدنى الليبى : م ٣٤١ — ٣٤٢ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤ — ٣٥٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل . ولكن يمكن العمل بأحكام التقنين المدنى المصرى لاتفاقها مع القواعد العامة : انظر فى هذا المعنى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام المدنى العراقى فقرة ٣٣٦ — فقرة ٣٣٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣٢٠ : التجديد هو استبدال الموجب الأول بموجب جديد . وتجديد الموجب لا يقدر وجوده ، بل يجب أن يستفاد من العقد صراحة .

م ٣٢١ : يجب أن يكون الدائن أهلا للتصرف فى حقه ، والمديون أهلا للالتزام .

م ٣٢٤ : لا يستنتج التجديد من تغيير صفة الموجب أو تغيير محل الإيفاء ولا من وضع سند قابل للطعم ولا من انضمام أشخاص آخرين إلى الموجب عليهم .

(وأحكام التقنينين اللبنانى والمصرى متفقة) .

[١] انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ .

من عيوب الإرادة ، ومحلا هو إنهاء الالتزام القديم وإنشاء الالتزام الجديد ، وسبباً هو إبدال التزام بالتزام حتى ينقضي الالتزام القديم(١) .

٤٩٦ — **الأهلية في التجديد** : ويجب ، كما في كل التصرفات القانونية ، أن تتوافر الأهلية اللازمة في أطراف التجديد .

ففي الدائن ، وهو يقضي الالتزام القديم وينشيء التزاماً جديداً ، لا يكفي أن تتوافر أهلية الاستيفاء ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام والتصرف (٢) . ومن ثم لا يجوز للوصي ولا للقيم أن يجدد ديناً لمحجوره إلا باذن من المحكمة . ولا يجوز للقاصر ولا للمحجور أن يجدد ديناً له إلا باجازة وليه وإذن المحكمة .

وفي المدين ، وهو يقضي التزاماً قديماً وينشيء التزاماً جديداً ، لا يكفي أن تتوافر أهلية وفاء الدين ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام (٣) .

وفي الدائن الجديد ، في حالة التجديد بتغيير الدائن ، لا تشترط إلا أهلية التعاقد والإدارة لأنه لا يلتزم بشيء ، بل هو دائن في الدين الجديد . فيكفي

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٢ — ويثبت التجديد وفقاً للقواعد العامة ، فإذا زاد الدين الجديد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٨) . وانظر في أن البينة لا تجوز فيما يخالف المكتوب : استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤ .

(٢) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (آنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش)— ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٦٣ — لوران ١٨ فقرة ٢٥٥ — ٢٥٦ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٢٧ .

وقد قدمنا في التضامن أنه إذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين ، إما بتغيير محل الدين أو مصدره أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فإن هذا التجديد يقضي حصة الدائن في الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولأي دائن آخر أن يرجع على المدين بالدين منقوصاً منه حصة الدائن الذي صدر منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بمقدار حصة هذا المدين . فإذا رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، كان للمدين الرجوع على الدائن الذي صدر منه التجديد بما دفعه إليه زائداً على حصته (انظر آنفاً فقرة ١٣٨) .

(٣) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (آنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش)— وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٥ .

أن يكون مميزاً ، ما لم يكن قد دفع عوضاً للدائن للقديم أو نزل عن دين له فى ذمته فعند ذلك تشترط أهلية التصرف .

وفى المدين الجديد ، فى حالة التجديد بتغيير المدين ، يجب أن تتوافر أهلية الالتزام لأنه يلتزم بالدين الجديد ، فلا يكفى أن يكون مميزاً ، بل يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه .

٤٩٧ — وضوح نية التجديد : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤ مدنى تنص على أن « التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » . فليس أى تغيير فى الالتزام القديم يكفى لإظهار نية التجديد . ونية التجديد لا تفترض ، إذ الأصل ألا يكون هناك تجديد حتى يقوم الدليل على العكس . فلا بد إذن من أن تكون نية التجديد صريحة فى العقد ، أو فى القليل لا بد أن تكون واضحة بحيث لا يكون هناك مجال للشك فيها . وعند الشك فيما إذا كان يراد التجديد أو لا يراد ، فان الشك يفسر ضد التجديد ، ولا يعتبر أن هناك تجديداً (١) .

---

(١) نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣ — استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧ — استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ — ٤ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٢ — ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٠ — ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٢ — ١٥ فبراير سنه ١٨٩١ م ٣ ص ٣٠٧ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٧٦ — ١٧ أبريل سنة ٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ — ٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٨ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ .

ويجب أن تكون نية التجديد من الوضوح بحيث تتعارض الظروف مع احتمال بقاء الالتزام القديم (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣١) . فظهور مدين جديد أو دائن جديد لا تستفاد منه ضرورة نية التجديد ، إذ قد يكون هذا المدين الجديد قد انضم إلى المدين الأصلى مديناً متضامناً أو كفيلا ، أو يكون هذا الدائن الجديد قد انضم إلى الدائن الأصلى دائناً متضامناً أو غير متضامن (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥) . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠ . وإذا كان واحد من المدينين المتضامنين بالذات هو الذى يتعامل دائماً مع الدائن ويراجع الحساب ويدفع الفوائد والأقساط ، فليس فى هذا دليل على التجديد إذ هو بصفته مديناً متضامناً مسئول عن كل ذلك (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥) .

وقد رأينا فيما قدمناه أنه حتى تقوم نية التجديد واضحة يجب أن يغاير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة (١). فتغيير محل الدين أو مصدره ، وإضافة شرط أو إلغاؤه ، وتغيير الدائن ، وتغيير المدين ، كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهرية تستخلص منها نية التجديد بوضوح . وإضافة أجل ، أو مد أجل قائم ، أو إلغاء أجل موجود ، أو إضافة شرط جزائي ، أو تقديم تأمين شخصي أو عيني ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تغيير مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة خفضاً أو رفعاً ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يكفي لاستخلاص نية التجديد ، إلا إذا وجدت ظروف أخرى تعين على استخلاص هذه النية (٢) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٥٤ مدني على هذا الحكم صراحة ، إذ تقول : « ولا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » (٣) .

ويتبين مما تقدم أن مجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديداً ، بل هو تهيئة دليل على دين موجود فعلا (٤) . كذلك إبدال ورقة تجارية بـ ...

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩٠ وفقرة ٤٩١ .

(٢) استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٢٠٧ — استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ — ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٧٣ — ٢٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٨٧ — ٢١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٠ — ٣٠ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٦ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٦٥ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٣ — ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٤ — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٦ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨٨ . وإدراج دائن في قائمة التوزيع وتسلمه أمر الصرف لا يعتبر تجديداً (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥ ص ٦٧١ هامش رقم ١) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٤ ، وقد جاء في آخرها : « ويتعين الرجوع إلى نية التجديد في هذه التطبيقات جميعاً من ناحية انصرافها إلى الإبقاء على الدين بجميع ما يلحق به من التأمينات » .

(٤) وقد قضت محكمة أسيوط بأن مجرد تغيير طريقة الدفع ، أو تحرير سند رسمي بدلا آخر ...

تجارية أخرى ، كابدال كمبيالة بكمبيالة أخرى أو سند إذنى بكمبيالة أو كمبيالة بسند إذنى ، بغرض مد أجل الدين ، أو تغيير سند الدين بكمبيالة أو سند إذنى ، لا يعد تجديداً (١) . وكذلك تحرير كمبيالة أو سند إذنى بثمن المبيع لا يعد تجديداً للثمن ، بل يكون ضرباً من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائماً حتى بعد كتابة الكمبيالة أو السند ، وهذا ما لم يتفق على غيره فاذا باع شخص لآخر داراً أو سيارة ، وقبض البائع الثمن كمبيالات أو سندات إذنية ، فلا يعد هذا تجديداً للثمن ، ويبقى للبائع حق الامتياز وحق الفسخ (٢)، وهذا ما لم يتفق على

= عرفى ، أو تأجيل الوفاء ، أو تقسيطه ، أو ما شابه ذلك ، لا يعتبر تجديداً للتعهد . ويعتبر تجديداً تغيير التعهد سبب الالتزام . كما إذا كتب بمتأخر الأجرة سند تحت الإذن وذكر فيه أنه قرض (أسيوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) — انظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٧ .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يعتبر استبدالا للدين اتفاق الدائن مع المدين على تقسيط الدين وتحرير سندات بأقساطه ، فلا يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل من الدين (١٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٨ ص ٨٩٥) . وقضت أيضاً بأن التوقيع على كمبيالات جديدة بدلا من كمبيالات سابقة فقدت أو أعدمت لا يعتبر استبدالا للدين ينبنى عليه زوال التأمينات ، وإنما يعد ذلك إقراراً بدين سابق (٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ : المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٠ ص ٦٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مجرد تغيير سند الدين بكمبيالة أو بسند أذنى لا يعتبر تجديداً ، ويجوز للدائن أن يطالب المدين إما بموجب السند الأصلى فيرد السند الجديد ، أو بموجب السند الجديد فيلغى سند الأصلى ، وهذا كله ما لم تظهر نية التجديد بوضوح (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٤ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ — ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٢ — ١٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ — ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٩ — ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٩ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢ — ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٣ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ — ١١ ابريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٩ — ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨) .

ولا يعد تجديداً تغيير سند الدين بكمبيالة أو سند أذنى حتى لو أعطى الدائن مخالصة بالدين ، إذ المفروض أنه جعل هذه المخالصة مشروطة بسداد الكمبيالة أو السند الأذنى . ومن باب أولى لا يكون هناك تجديد إذا ذكر الدائن فى الكمبيالة أو السند السبب الذى من أجله حرر السند الجديد : انظر فى هذه المسألة ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٩٧ لوران ١٨ فقرة ٢٨٣ — هيك ٨ فقرة ١١٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ذكر فى عقد بيع عقار أن باقى الثمن تحرر به =

التجديد ، ويعد اتفاقاً على التجديد أن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً (١) . ولا يعتبر تجديداً الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قيل فى الإقرار إنه فى حالة عدم الوفاء ينفذ الحكم (٢) ، ولا الإقرار المكتوب الصادر من المستأجر بالمتجمد فى ذمته من الأجرة فيبقى امتياز المؤجر ويتقادم الدين بخمس سنوات (٣) .

= سند تحت الإذن ، وذكر بالسند أن القيمة باقى ثمن عقار ، كان هذا دليلا على أن العاقدين لم يقصدا استبدال الدين ، ومن ذلك لا تسقط الضمانات المترتبة لصالح الدين (١٥ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا استصدر البائع من المشترى أو من المشترين من المشترى سندات لأمره وإذنه ، ثم احتفظ بضمان المشترى منه ، دل هذا على أن نية الاستبدال معدومة . ولو استصدر البائع السندات من المشترين من المشترى منه ولم يخل ذمة المشترى الأصلى من باقى الثمن ، فلا يكون هناك استبدال معلق على شرط قيام المشترين الجدد بسداد الدين فإن لم يسددوه بقى الالتزام الأصلى عالقاً بذمة المشترى الأول (٢٦ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٤ ص ٥٤٧) . وقضت أيضاً بأن مجرد تحرير سند مستقل بالثمن لا يفيد أن البائع قصد اعتبار أن الثمن قد دفع وأن التأمينات التى كانت تضمنه قد سقطت ، بل إن قصد المتعاقدين كان إيجاد أداة جديدة لدفع الثمن ، فبعد أن كان ثابتاً بالعقد أصبح ثابتاً بالسند (١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٢٨ ص ١٢٢٢) — انظر أيضاً : استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٦ ص ١٥٨ — استئناف مختلط ٢٣ نوفبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ — ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٣ — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حرر الغير سندات بالثمن للبائع ، لم يكن هذا تجديداً بتغيير المدين ، بل إنابة فى الوفاء إنابة قاصرة ، ويكون الغير مديناً للبائع بدين جديد إلى جانب الدين الذى فى ذمة المشترى (٥ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٣) .

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١١ .

(٣) نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ١٦ ص ٥٦ — وقضت محكمة مصر بأنه إذا حصلت محاسبة واتفاق بين المتعاقدين عن دين الإيجار ، وتعهد المستأجر بدفع الباقى لإذن المؤجر على نفس ورقة المحاسبة ، فلا يعتبر هذا السند استبدالا ، لأنه قد ذكر فيه بصريح العبارة أن سبب تحرير هذا السند هو دين الإيجار السابق ، وهذا يظهر بجلاء أن المتعاقدين احتفظا بسبب الدين الأصلى . أما التعهد بأن يدفع المستأجر الباقى لإذن المؤجر ، فهذا من قبيل التسهيل فى الوفاء ، بدليل أن كثيراً من عقود الإيجار ينص فيها على قابليتها للتحويل ولا تفقد طبيعتها (٨ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٨ ص ٤٣٤) .

هذا والأصل فى الصلح ألا يكون تجديداً للدين . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الصلح مقرر للحقوق لا منشىء لها ، فهو لا يغير من طبيعة الدين المتصالح عليه ، وتبقى جميع التأمينات التى كانت للحق الذى وقع عليه الصلح على حالتها للوفاء بالصلح ، فلا يعتبر الصلح استبدالا للدين المتصالح عليه . ولا عبرة كذلك بعدم ذكر قابلية الدين للتحويل فى محضر الصلح ، لأن العبرة =

وإثبات نية التجديد يتبع فيه القواعد العامة للإثبات(١) . وعبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي التجديد ، لأن التجديد كما قدمنا لا يفترض(٢) .

واستخلاص نية التجديد من الظروف مسألة واقع تترك لقاضي الموضوع ، ولا معقب عليه في ذلك ، ولا يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض(٣) .

٤٩٨ — تغيير الالتزام في حساب جار : وقد رأينا أن المادة ٣٥٥ مدنى تقضى بأنه لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار ، وإنما يتجدد

= في ذلك بسند الدين الأصلي إلا إذا حصل العدول عنه صراحة ، (٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصلح مع المفلس لا يجدد الدين (١٢ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٣١) ، إلا إذا ظهرت نية التجديد بوضوح (٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٥٢) ، وقضت أيضاً بأن الصلح على حكم بإدخال بعض تعديلات فيه والنزول عن جزء منه لا يعد تجديداً ، فإذا لم ينفذ المدين الصلح كان للدائن أن ينفذ عليه الحكم (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٩) .

وقد قدمنا أن الدفع بطريق الشيك لا يعتبر تجديداً ، بل هو لا يعتبر وفاء إلا بعد قبض قيمة الشيك (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١١ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠ والمادة ٢٦٥ من تقنين الالتزامات البولوني — وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ — دى باج ٣ فقرة ٥٦٤ وفقرة ٦١١) .

وقد تتضمن تصفية الحساب تجديداً ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند تصفية الحساب قد يكون الرصيد تجديداً للدين إذا ظهر ذلك بوضوح من نية الطرفين ، وتستظهر هذه النية إذا كان الحساب متعلقاً بعقد البيع ونزل البائع بعد تصفية الحساب عن امتيازه (٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢ ص ١٥٥) .

(١) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ — فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يزيد على عشرة جنيهات ، وفيما لا يزيد على عشرة جنيهات يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن . وكون التجديد لا يفترض ليس معناه عدم جواز إثباته بالقرائن فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، بل معناه إنه إذا قام شك لا يعتبر أن هناك تجديداً (ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٧٠ — لوران ١٨ فقرة ٢٦١ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٣) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ — ولكن إذا كانت عناصر التجديد موجودة وفقاً لما ذهب إليه قاضي الموضوع في تفسير نية الطرفين ، وجب تطبيق أحكام التجديد ، ولمحكمة النقض الرقابة على قاضي الموضوع في ذلك (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ١٢٢) .

الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره ، على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص فان هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك . ويخلص من هـذا النص أن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار لا يكون تجديداً لهذا الالتزام . والسبب فى ذلك أن التجديد لا يكون إلا حيث يحل التزام جديد محل التزام سابق ، ومجرد تقييد الالتزام فى الحساب الجارى قبل قطع رصيد الحساب لا ينشيء التزاماً جديداً ليحل محل الالتزام الذى أجرى تقييده ، ومن ثم لا يتم التجديد .

ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذى أجرى تقييده فى الحساب الجارى ، وفقاً للقواعد المقررة فى الحسابات الجارية وهى قواعد تقتضيها طبيعة هـ الحسابات ، تفنى ذاتيته باندماجه فى الحساب الجارى وصيرورته قلما من أقلا فى الجهة الدائنة او الجهـة المدينة بحسب الأحوال . ومن ثم ينقضى هـ الالتزام قبل أن يتم تجديده ، والذى يحل محله ليس التزاماً جديـ فان هذا لا يكون إلا بعد قطع رصيد لحساب كما قدمنا ، ولكن ـ ـر حسابى (article de crédit – élément de comptabilité) هو الدائنيه و المدبونية التى يمثلها الالتزام فى الحساب الجارى(١) . ويترتب على أن الالتزام ينقضى حتى قبل أن يتم التجديد أن تزول عنه صفته المدنية إذا كان ديناً مدنياً ، ولا يعود يخضع لسريان التقادم والذى يتقادم إنما هو رصيد الحساب بعد قطعه(٢) . وكان ينبغى ، إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، أن ينقضى هذا التأمين بانقضاء الالتزام ، حتى قبل التجديد . ولكن النص صريح ، كما رأينا ، فى أن التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك(٣) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧١٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٢ ص ٦٦٨ وهامش رقم ٥ والمراجع والأحكام المشار إليها — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥ — دى باج ٣ فقرة ٥٦٤ مكررة — وقارن ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٦ ص ٣١٦ .

(٢) ولا يتقادم الرصيد إلا بخمس عشرة سنة ، حتى لو كانت الالتزامات المقيدة تتقادم بأقل من هذه المدة (استئناف مصر ٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤ — ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٨٥ ص ١١٤) .

(٣) وقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بهذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق بالرغم من أن هذا التقنين لم يكن يشتمل على نص فى ذلك : استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٥٤ — ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣٥ .

فاذ ما قطع رصيد الحساب الجارى وتم إقراره ، فان الرصيد يكون حقاً لأحد طرفى الحساب وديناً فى ذمة الآخر . وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة فى الحساب الجارى ، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذى حل محل الالتزامات المقيدة(١). وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذى كان يكفل الالتزام المقيد ، والذى رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام . ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فاذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولا به . وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالته عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام فى الحساب وانقضائه على هذا الوجه (٢) .

---

(١) قارن استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٩ — وانظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٢ — ص ٨٤ : وهو يقول بأن الالتزام يفقد ذاتيته من وقت تقييده فى الحساب الجارى ، ولكن يذهب إلى أن التقنين الجديد على العكس من ذلك يجعله محتفظاً بذاتيته ، ويستدل بالنص الذى يقضى بأن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار لا يكون تجديداً . وغنى عن البيان إنه لا يوجد أى تعارض بين عدم تجديد الالتزام بمجرد تقييده فى الحساب الجارى وبين فناء ذاتيته باندماجه فى هذا الحساب ، فقد قدمنا أن الالتزام بتقييده فى الحساب الجارى ينقضى قبل أن يتجدد . والذى نص عليه التقنين الجديد هو أن الالتزام لا يتجدد بمجرد تقييده فى الحساب الجارى ، وهذا صحيح ، ولكنه لا يمنع من فناء ذاتيته وانقضائه بهذا التقييد .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يتجدد الالتزام بمجرد رصده فى الحساب الجارى ، ما دام هذا الحساب لم يقطع . فإن قطع هذا الحساب وتم إقراره ، استتبع ذلك التجديد . وقد نص ، استثناء من حكم القواعد العامة ، على بقاء الرهن التأمينى الذى ينشأ لضمان الوفاء بالالتزام ، رغم تجديده بسبب قطع رصيد الحساب الجارى . إلا أن هذا الاستثناء أقيم على قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس : أنظر المادة ١١٧ من من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٤٩٢ من المشروع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠) .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على التجديد

٤٩٩ — انقضاء الالتزام الأصلى وحلول التزام جديد محله — التأمينات : قدمنا أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد يحل محله . أما التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى ، فالأصل فيها أنها تزول مع هذا الالتزام الذى كانت تكفله ، إلا أنه يجوز استثناء نقلها إلى الالتزام الجديد .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد . (٢) انتقال التأمينات استثناء إلى الالتزام الجديد.

المطلب الأول

انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد

٥٠٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد » .

« ٢ — ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية

المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٨٦/٢٤٩ و١٨٨/٢٥٢(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥٤ — وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٤٣ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٠٣ و٤٠٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٥/١(٣) .

ويخلص من هذا النص أن التجديد يقضى الالتزام الأصلى وينشىء التزاماً

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا فى المادة ٤٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « إلا بنص فى القانون » . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة لتواجه انتقال التأمينات بنص القانون فى حالة قطع رصيد الحساب الجارى مثلا ، فإن المادة ٣٥٥ تنقل التأمين الخاص الذى قد يكون الالتزام مكفولا به إلى هذا الرصيد . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٨٦/٢٤٩ : استبدال الدين يترتب عليه زواله وإيجاد دين غيره بدله ، ويكون الاستبدال بعقد .

م ١٨٨/٢٥٢ : التأمينات التى كانت على الدين القديم لا تكون على الدين الجديد ، إلا إذا تبين من العقد أو من قرائن الأحوال قصد المتعاقدين انتقالها على الدين الجديد .

(ولا فرق بين التقنينين السابق والجديد فى الحكم : الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٧ — فقرة ٥٧٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٥٤ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٤٣ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٤٠٣ : إذا جدد الالتزام ، سقط الالتزام الأصلى ، وحل محله التزام جديد .

م ٤٠٤ : إذا كان الدين الأصلى مكفولا بتأمينات شخصية أو عينية ، وصار تجديده ، سقطت التأمينات ، إلا إذا جددت هى أيضاً .

(وحكم التقنين العراقى متفق مع حكم التقنين المصرى : أنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٣٨ وفقرة ٣٤٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٢٥/١ : إن التجديد يسقط الموجب أصلا وفرعا تجاه الجميع . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

جديداً يحل محله ، وهذا هو الفرق الجوهرى مابين التجديد من جهة وبين الحوالة والحلول من جهة أخرى .

٥٠١ — **انقضاء الالتزام الأصلى ونشوء التزام جديد** : التجديد ، كالوفاء ، يقضى الالتزام الأصلى ، فيزول هذا الالتزام بمقوماته وصفاته ودفوعه وما يلحق به من التأمينات .

والتجديد فى الوقت ذاته ينشىء التزاماً جديداً يحل محل الالتزام المنقضى . وانقضاء الالتزام الأصلى منوط بنشوء الالتزام الجديد . فلا ينقضى ذاك إلا إذا نشأ هذا ، ولا ينشأ هذا إلا إذا انقضى ذاك(١) . ولابد أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام الأصلى ، كما قدمنا ، فى عنصر من عناصره الجوهرية . والالتزام الجديد على كل حال التزام غير الالتزام الأصلى ، له مقوماته الذاتيه(٢) ، وصفاته ودفوعه وتأميناته . فقد يكون الالتزام الأصلى تجارياً ، وينشأ الالتزام الجديد مدنيا . وقد يكون الالتزام الأصلى غير منتج لفوائد ، وينتج الالتزام الجديد فوائد . وقد يكون الالتزام الأصلى غير ثابت فى سند قابل للتنفيذ ، ويثبت الالتزام الجديد فى ورقة رسمية فيكون قابلا للتنفيذ . وقد يكون الالتزام الأصلى معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، ويكون الالتزام الجديد منجزاً لا شرط فيه ولا أجل . وقد يتقادم الالتزام الأصلى بمدة قصيرة ، ويتقادم الالتزام الجديد بمدة أطول . وقد يكون الالتزام الأصلى مصدره عقد قابل للابطال فيجوز دفعه بابطاله ، ويكون الالتزام الجديد مترتباً على تجديد هو إجازة للعقد القابل للابطال فلا يجوز دفعه بهذا الدفع . وقد يكون الالتزام الأصلى مكفولا بتأمينات عينية أو شخصية ، فتزول هذه التأمينات مع زواله ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص فى القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك(٣) . وإذا لم تنتقل تأمينات الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد ، بقى الالتزام الجديد عاريا عن التأمينات ، إلا إذا كفل هو

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٨ .

(٢) استئناف وطنى ١٠ أغسطس سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٢٤٥ .

(٣) وسنبين فيما يلى كيف تنتقل التأمينات إلى الالتزام الجديد بالاتفاق . أما انتقالها بنص القانون فمثله ما ورد فى المادة ٣٥٥ مدنى من أن الالتزام إذا قيد فى حساب جار فإنه لا يتجدد =

أيضاً بتأمينات مستقلة عن تأمينات الالتزام الأصلى . وقد يكون الالتزام الأصلى مكفولا بدعوى فسخ ، فلا تنتقل الدعوى إلى الالتزام الجديد(١) .

٥٠٢ — مقابلة بين التجديد من جهة والحوالة والحلول والوفاء بمقابل من جهة أخرى : وانقضاء الالتزام الأصلى مع نشوء التزام جديد هو المميز الجوهرى الذى يفرق من حيث الأثر بين التجديد من جهة والحوالة والحلول من جهة أخرى، وقد سبق أن رأينا الفروق مابين هذه النظم من حيث التكوين(٢) .

فنى حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، لا ينقضى الحق بل ينتقل بمقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته من دائن قديم إلى دائن جديد . أما فى التجديد بتغيير الدائن فقد رأينا أن الحق الأصلى ينقضى بمقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته ، ويحل محله حق جديد بمقومات وصفات ودفوع وتأمينات أخرى ، ولا ينتقل نفس الحق من الدائن الأصلى إلى الدائن الجديد .

وفى حوالة الدين ينتقل نفس الدين ، على النحو المتقدم ، من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المدين الجديد . أما فى التجديد بتغيير المدين فالدين الأصلى ينقضى على الوجه الذى قدمناه ، ويحل محله دين جديد (٣) .

أما التجديد بتغيير الدين فلا يقابل لا بالحوالة ولا بالحلول ، وإنما يقابل بالوفاء بمقابل . وقد قدمنا أن الفرق بين النظامين أن الوفاء بمقابل يقتضى أن

= إلا إذا قطع رصيد الحساب، فإذا كان مكفولا بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبق ما لم يتفق على غير ذلك . فهنا انتقل التأمين الخاص من الالتزام إلى رصيد الحساب بحكم القانون (انظر تاريخ نص المادة ٣٥٦ آنفا فقرة ٥٠٠ فى الهامش) .

(١) وقد يكون المدين فى الالتزام الأصلى معذرا فيتحمل تبعة الهلاك ، ولا يكون معذراً فى الالتزام الجديد فلا يتحمل هذه التبعة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٥) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٩٢ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ — ص ٢٥٩ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٢ ص ٢٥٣ .

تنتقل الملكية فوراً إلى الدائن حتى يتم الوفاء، وأما فى التجديد بتغيير الدين فالوفاء يكون عن طريق إنشاء التزام جديد لا يكون واجب التنفيذ فوراً (١) .

المطلب الثانى

إنتقال التأمينات من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد

٥٠٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى ، فان الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية » : .

« (ا) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير » .

« (ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم » .

« (ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » .

« ٢ — ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً فى حق الغير إلا ذا تم مع التجديد فى وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » .

وتنص المادة ٣٥٨ على ما يأتى :

« لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (٢) » .

---

(١) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٢ — جوسران ٢ فقرة ٩٠٣ — انسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Novation فقرة ٣١ .

(٢) تاريخ النصوص :

م ٣٥٧ : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٨٩/٢٥٣ — ١٩١/٢٥٥ (١) .

= عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا خلافاً فى إحدى العبارات وفيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشترط ألا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً فى حق الغير إلا إذا كان بورقة رسمية . وفى لجنة المراجعة حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير » بعبارة « ما لم يترتب على ذلك زيادة فى هذا الالتزام تلحق ضرراً بالغير » التى كانت واردة فى المشروع ، « لأنها فى عمومها أشمل من العبارة الأولى ، ولأنها تبرز المعنى المقصود » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٧) .

م ٣٥٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٠ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ — ص ٢٦٠) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١٨٩/٢٥٣ : ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هو آت : فى الحالة الأولى من الأحوال السالف ذكرها يجوز للمدين والدائن أن يتفقا على أن التأمينات العينية ، كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين ، تكون تأميناً على الدين الجديد إذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير . وفى الحالة الثانية يجوز للدائن ولمن حل محل المدين الأصلى أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية ولو بغير رضاء المدين الأصلى . وفى الحالة الثالثة يجوز للمتعاقدين الثلاثة أن يتفقوا على بقاء التأمينات العينية .

م ١٩٠/٢٥٤ : لا يصح فى أى حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية ، كالكفالة والتضامن ، إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين .

م ١٩١/٢٥٥ : الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا إذا كان حاصلا مع الاستبدال فى آن واحد بوثيقة رسمية .

(ويتفق التقنينان السابق والجديد إلا فى المسائل الآتية : (١) ذكر التقنين السابق التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين ، بتعميم خصصه التقنين الجديد بالتأمينات التى قدمها المدين ، فلا تدخل حقوق الامتياز ولا حقوق الاختصاص ، وسنبسط ذلك فيما يلى . (٢) اقتصر التقنين السابق فى التأمينات التى يقدمها الغير على التأمينات الشخصية ، أما التقنين الجديد فنص على التأمينات الشخصية والعينية . (٣) أوجب التقنين السابق فى المادة ١٩١/٢٥٥ أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة — وهذا خطأ مادى والمقصود المادة قبل السابقة — بورقة رسمية حتى ينفذ فى حق الغير . أما التقنين الجديد فقد حذف هذا الشرط بعد أن كان وارداً فى المشروع التمهيدى . انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة =

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٥٥ — ٣٥٦ — وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ — ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي — وتقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٥/٢و٣ (١) .

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إما أن تكون تأمينات عينية قدمها المدين نفسه وهذا هو الغالب ، وإما أن تكون تأمينات عينية أو شخصية قدمها الغير ككفيل عيني أو كفيل شخصي . فنستعرض كلا من هاتين الحالتين .

= الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ ، وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ والأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٤ . هذا والعبرة في تطبيق التقنين الجديد في شأن نقل التأمينات التي قدمها المدين دون غيرها وفي شأن أن يكون الاتفاق على هذا النقل يصح ولو في ورقة غير رسمية بتاريخ الاتفاق على نقل التأمينات ، فإن كان هذا التاريخ سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ صح نقل كل التأمينات ولو لم يكن المدين هو الذي قدمها ووجب أن يكون الاتفاق في ورقة رسمية وذلك تطبيقاً لأحكام التقنين السابق ، وإلا تنطبق أحكام التقنين الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٥ — ٣٥٦ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ — ٣٥٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٤٤ — ٣٤٥ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ — ٣٥٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل — ويبدو أن التأمينات في التقنين العراقي لا تنتقل بمرتبتها الأصلية ، بل تجدد فتأخذ مرتبتها من وقت تجديدها : انظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٩ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٥/٢و٣ : ويمكن الكفلاء وسائر الموجب عليهم أن يدخلوا برضاهم تحت أحكام الموجب الجديد — ويجوز وضع نص صريح يشترط به إلحاق الرهون والحقوق الممتازة ورهون المنقولات بالدين الجديد على الشروط نفسها التي كانت ضامنة للموجب الساقط ، ولا يكون ذلك إلا إذا رضي بهذا الإلحاق صاحب الملك المترتب عليه حق الرهن أو الامتياز : (ويختلف حكم التقنين اللبناني عن حكم التقنين المصري في مسألتين : (١) تشمل التأمينات حقوق الامتياز في التقنين اللبناني بالنص الصريح ، أما في التقنين المصري فالتأمينات التي قدمها المدين لا تشمل حقوق الامتياز . (٢) في التجديد بتغيير المدين إذا كان هذا المدين قدم تأميناً على ملك له وأريد نقله إلى الالتزام الجديد وجب رضاؤه بذلك في التقنين اللبناني ، ولا يشترط هذا الرضاء في التقنين المصري) .

§ ١ – التأمينات العينية التى قدمها المدين

٥٠٤ – انتقال التأمينات الى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد العامة – مبرراته : ولا شك فى أن انتقال التأمينات من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد أمر استثنائى . ذلك أن الالتزام الأصلى الذى كانت هذه التأمينات تكفله قد انقضى ، فكان الواجب أن تنقضى بانقضائه . أما أن تبقى بعد انقضاء الالتزام ، وتنتقل بمرتبتها الأصلية إلى الالتزام الجديد ، فذلك فيه خروج ظاهر على القواعد العامة ، ولا يبرره إلا اعتبارات عملية محضة ، دعت القانون إلى أن يبيح الاتفاق على استبقاء هذه التأمينات مع نقلها إلى الالتزام الجديد .

وتتلخص هذه الاعتبارات العملية فى أن انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه فائدة كبيرة للدائن، إذ تبقى له تأميناته القديمة حافظة لمرتبتها الأصلية، ولولا ذلك لما كان غالباً يرضى بالتجديد . هذا إلى أن انتقال هذه التأمينات لايضر بالمدين ، فهو قد سبق له أن قدمها لكفالة الالتزام الأصلى، فلا عليه أن يستبقيها لكفالة الالتزام الجديد فى حدود الالتزام الأصلى . ولا يضر هذا الانتقال بالغير ، فسنرى أن الغير قد كفل القانون مصلحته فلا يضار بهذا الانتقال(١) .

ونلاحظ هنا أمرين : (أولا) أن هذه التأمينات لاتنتقل إلى الالتزام الجديد بحكم القانون ، بمجرد الاتفاق على التجديد . بل لابد من اتفاق خاص على انتقالها ، وذلك إلى جانب الاتفاق على التجديد . فاذا لم يوجد هذا الاتفاق الخاص ، ولم يكن هناك إلا الاتفاق على التجديد ، انقضت التأمينات بانقضاء الالتزام الأصلى ، فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد(٢) . (ثانياً) وقد يقال مادام

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٩ .

(٢) وهذا ما يستبقى أهمية التمييز بين الحوالة والتجديد . ففى الحوالة تنتقل التأمينات بمجرد الحوالة دون حاجة إلى اتفاق خاص . أما فى التجديد فقد رأينا أنها لا تنتقل بمجرد الاتفاق على التجديد بل لابد من اتفاق خاص .

لابد من اتفاق خاص ، فأين وجه الخروج على القواعد العامة ، وفيم النص على إباحة استبقاء التأمينات ، وكان أصحاب الشأن يستطيعون الاتفاق على مايشاؤون من تأمينات دون حاجة إلى نص فى القانون يبيح لهم ذلك ؟ ولكن لا وجه لهذا القول ، فالتأمينات التى أباح النص الاتفاق على استبقائها هى التأمينات الأصلية ، تنتقل إلى الالتزام الجديد بمرتبتها الأصلية . ولو لم يبح القانون ذلك ، لما أمكن أصحاب الشأن أن يتفقوا إلا على تأمينات جديدة ، بعد أن تكون التأمينات الأصلية قد انقضت بالتجديد . ولكانت مرتبة هذه التأمينات الجديدة من وقت الاتفاق عليها ، فلا تكون لها مرتبة التأمينات الأصلية . هذا إلى أنه فى صورة خاصة من صور التجديد — التجديد بتغيير المدين — أباح النص للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على انتقال التأمينات الأصلية دون رضاء المدين الأصلى مع أنه هو المالك للمال المثقل بالتأمين ، ولولا هذا النص لما أمكن الاتفاق على نقل هذه التأمينات دون رضائه .

٥٠٥ — حماية الغير : وقد عنى القانون بحماية الغير حتى لا يضار بانتقال التأمينات ، وذلك من ناحيتين : (أولا) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً فى حق الغير إلا إذا تم مع التجديد فى وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . ذلك أنه لو تم التجديد قبل الاتفاق على نقل التأمينات ، لانقضى الالتزام الأصلى وانقضت معه هذه التأمينات ؛ ولأفاد من انقضائها الغير ، وهو هنا دائن له تأمين عينى متأخر عن التأمين الذى كان يكفل الالتزام الأصلى ، فزوال هذا التأمين المتقدم يفيد الغير صاحب التأمين المتأخر . فلا يجوز أن يضار بعد ذلك بالاتفاق الذى يعقب التجديد على نقل التأمين المتقدم ، الذى كان قد زال بالتجديد ، إلى الالتزام الجديد . ومن ثم لم يجز القانون نقل التأمينات العينية التى كانت تكفل الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد ، إلا إذا تم هذا الانتقال مع التجديد فى وقت واحد(١) . ويراعى فوق ذلك الأحكام

---

(١) ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات ، لنفاذه فى حق الغير ، ثابت التاريخ . إذ لو جاز أن يكون الاتفاق غير ثابت التاريخ ، لأمكن تقديم تاريخه حتى يكون معاصراً للتجديد =

المتعلقة بالتسجيل ، فيؤشر على هامش القيد الذى يشهر التأمين العينى بأن هذا التأمين أصبح يكفل الالتزام الجديد ، يذكر المحل الجديد للالتزام إذا كان التجديد بتغيير الدين ، ويذكر اسم المدين الجديد إذا كان التجديد بتغيير المدين ، أو الدائن الجديد إذا كان التجديد بتغيير الدائن . (ثانياً) لا يجوز أن يكفل التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان يكفل من الالتزام الأصلى . فلو كان الالتزام الجديد أكبر قيمة من الالتزام الأصلى ، وكفل التأمين الالتزام الجديد كله ، لتضرر الغير صاحب التأمين المتأخر إذ يرى التأمين المتقدم عليه قد زاد عبؤه عن ذى قبل . وهذا المحظور إنما يتحقق فى التجديد بتغيير الدين ، دون التجديد بتغيير المدين أو بتغيير الدائن ، ولذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٧ مدنى بأنه « إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير » ، أى فى حدود الالتزام الأصلى(١) .

٥٠٦ — ما المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين : ونرى أن المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين التأمينات الاتفاقية التى ارتضاها لكفالة دينه الأصلى . فيدخل فى ذلك الرهن الرسمى ، ورهن الحيازة سواء كان على عقار أو على منقول . أما حقوق الامتياز فلا تدخل ، لأنها تأمينات لم يقدمها المدين باختياره ، بل هى تأمينات رتبها القانون وبناها على صفة فى الالتزام فهى لصيقة بهذه الصفة ، فاذا كان الالتزام الأصلى قد قرر له القانون امتيازاً نظراً لصفته الخاصة ، فلا يجوز الاتفاق على نقل هذا الامتياز إلى الالتزام

= ولو كان الاتفاق لاحقاً ، فتبقى التأمينات ضامنة للدين الجديد وكان ينبغى أن تنقضى (الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ ص ٦٠٢ — ص ٦٠٣ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٧ — ص ٨٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٥) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نوعاً ثالثاً من الحماية للغير ، إذ كان يشترط لنفاذ انتقال التأمينات العينية فى حق الغير أن يكون الاتفاق فى ورقة رسمية ، وقد حذف هذا الشرط فى لجنة المراجعة (أنظر تاريخ نص المادة ٣٥٧ مدنى آنفاً فقرة ٥٠٢ فى الهامش) .

الجديد وهو لم تتوافر له الصفة التى دعت إلى تقرير حق الامتياز (١). وهذا التفسير الذى يستخلص فى يسر من عبارة التقنين يجنبنا عيباً وقع فيه التقنين المدنى الفرنسى، إذ نصت المادة ١٢٧٨ من هذا التقنين على أن « حقوق الامتياز والرهون التى كانت للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذى حل محله ، إلا إذا اشترط الدائن صراحة الاحتفاظ بها (٢)». ويعيب الفقه الفرنسى على هذا النص أنه يبيح اشتراط انتقال حقوق الامتياز والرهون القانونية ، مع أن هذه الحقوق لم تقرر إلا لصفة فى الدين الأصلى ، فكان ينبغى ألا يجوز اشتراط انتقالها إلى دين آخر ليست له هذه الصفة (٣) .

وعلى التفسير الذى نقول به ينبغى ألا يجوز الاتفاق على نقل حق الاختصاص من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد ، لأن حق الاختصاص تأمين لم يقدمه المدين اختياراً ، بل رتبه القاضى على عقار المدين بموجب حكم واجب التنفيذ . والقانون إنما أباح ، استثناء ، الاتفاق على نقل التأمين الذى قدمه المدين ، والاستثناء لا يقاس عليه . فالتأمين الذى لم يقدمه المدين ، كحق الاختصاص ، يبقى فى حكمه على الأصل ، فيزول بالتجديد ، ولا يجوز الاتفاق على نقله إلى الالتزام الجديد .

٥٠٧ — كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد : أما كيف يتم انتقال التأمينات التى قدمها المدين من الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد ، على النحو الذى قدمناه ، أى فى حدود الالتزام الأصلى وبشرط أن يتم مع التجديد فى وقت واحد ، فذلك يختلف

---

(١) فإذا جدد البائع التزام المشترى بدفع الثمن إلى التزام جديد ناشىء من عقد قرض مثلا ، لم يجز الاتفاق على نقل امتياز البائع إلى هذا الالتزام الجديد .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1278 : Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

(٣) أنظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٧ .

باختلاف صور التجديد (١) .

فاذا كان التجديد بتغيير الدين ، تم نقل التأمينات بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين الدائن والمدين .

وإذا كان التجديد بتغيير الدائن ، تم نقل التأمينات أيضاً بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين المدين والدائن الأصلى والدائن الجديد ، فتتفق ثلاثتهم على أن تبقى التأمينات التى قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى حتى تكفل الالتزام الجديد .

وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فقد رأينا أن التجديد فى هذه الصورة يتم تارة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد ، ويتم طوراً باتفاق بين الدائن والمدين الأصلى والمدين الجديد . ونص القانون — المادة ٣٥٧ مدنى الفقرة الأولى حرف ب — لم يفرق بين الحالتين ، بل قضى بأنه « إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم » . فلا حاجة إذن إلى رضاء المدين القديم ، سواء اشترك فى التجديد أو لم يشترك ، لنقل التأمينات إلى الالتزام الجديد . ويصبح المدين القديم — بعد انقضاء دينه بالتجديد مع بقاء التأمينات تثقل ماله لكفالة المدين الجديد — بمثابة كفيل عينى لهذا المدين . وقد حسم التقنين المصرى بهذا النص خلافاً لا يزال قائماً فى القانون الفرنسى ، فالفقه فى فرنسا منقسم ، فى انتقال التأمين إلى الالتزام الجديد ، بين اشتراط رضاء المدين وعدم اشتراط هذا الرضاء (٢) .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ .

(٢) أنظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٨ ومن الفقهاء الذين يقولون بعدم ضرورة رضاء المدين توليه ٧ فقرة ٣١٢ وما بعدها — ديرانتون ١٢ فقرة ٣١١ — كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٢٢٦ مكررة — لاروميير ٥ م ١٢٧٩ فقرة ٢ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٥٦ — فقرة ٣٥٧ . ومن الفقهاء الذين يقولون بضرورة رضاء المدين ماركاديه ٤ م ١٢٧٩ فقرة ٢ — لوران ١٨ فقرة ٣٣٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٨ — جوسران ٢ فقرة ٩١٤ .

§ ٢ – التأمينات الشخصية والعينية التى قدمها الغير

٥٠٨ – وجوب رضاء الغير بنقل هذه التأمينات : وقد يكون الغير هو الذى قدم التأمينات التى تكفل الالتزام الأصلى . وهذا الغير إما أن يكون قد قدم تأميناً شخصياً ، بأن كان كفيلا للالتزام الأصلى أو مديناً متضامناً فيه ، وإما أن يكون قد قدم تأميناً عينياً ، بأن يكون كفيلا عينياً رتب رهناً على مال مملوك له لضمان الالتزام الأصلى .

فنى جميع هذه الأحوال لايجوز انتقال التأمين الشخصى أو العينى إلا برضاء الغير الذى رتب هذا التأمين . فلا يكفى إذن،حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلى ، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد،بل لابد من رضاء الكفيل أيضاً . فانه لم يكفل إلا التزاما بعينه هو الالتزام الأصلى ، فحتى يكفل التزاماً غيره ، ولو كان أقل قيمة ، لابد من رضائه بذلك(١) .

وإذا كان الالتزام الأصلى التزاماً تضامنياً ، فقد رأينا عند الكلام فى التضامن(٢) ، أن المادة ٢٨٦ مدنى تنص على أن « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » . ورأينا أن باقى المدينين المتضامنين الذين لم يشتركوا فى إجراء التجديد لا يكونون متضامنين فى الالتزام الجديد إلا برضاهم . فاذا اتفق الدائن مع المدينين المتضامنين جميعاً على تجديد الالتزام الأصلى ، ظلوا جميعاً متضامنين فى الالتزام الجديد . أما إذا اتفق الدائن مع سائر المدينين المتضامنين غير المدين الذى أجرى التجديد على أن يبقوا متضامنين فى الدين القديم،أو احتفظ بحقه قبلهم دون ضرورة للاتفاق معهم، فان هؤلاء المدينين لايلتزمون ولو غير متضامنين ، بالالتزام الجديد ، بل يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الأصلى بعد حط حصة المدين الذى أجرى التجديد . وإذا كان الدائن

---

(١) مصر استئناف ١٨ يوليه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

أراد أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد ، واشترط ألا يتم التجديد إلا على هذا الأساس ، ورفض باقى المدينين أن يلتزموا متضامنين بالدين الجديد ، فان التجديد لا يتم إذ تخلف شرطه ، ويظل الالتزام التضامنى الأصلى على حاله . أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقى المدينين لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين الأصلى ولا على أن يتضامنوا فى الدين الجديد مع المدين الذى أجرى التجديد ، ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع فى المادة ٢٨٦ مدنى السالفة الذكر افتراضاً معقولا أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمتهم من الدين الأصلى لأنه انقضى بالتجديد ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، ومن الدين الجديد لأنهم لم يقبلوا الالتزام به . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلا عند الكلام فى التضامن(١) .

وإذا كان الغير قد قدم تأميناً عينياً لكفالة الالتزام الأصلى ، أى كان كفيلا عينياً لهذا الالتزام ، فان التأمين الذى قدمه بالمرتبة التى هو عليها لا ينتقل إلى كفالة الالتزام الجديد إلا برضائه . وإذا كان قد رتب تأمينا عينيا لدائن آخر متأخراً فى المرتبة عن التأمين الذى قدمه لكفالة الالتزام الأصلى ، وجب أيضاً ألا ينتقل تأمين الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد إلا فى حدود الالتزام الأصلى حتى لا يضار الدائن المتأخر فى المرتبة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٥٠٩ — جواز نقل هذه التأمينات بعد إجراء التجديد : والتأمينات التى قدمها الغير ، شخصية كانت أو عينية ، بخلاف التأمينات العينية التى قدمها المدين ، لا يشترط أن يكون نقلها مع التجديد فى وقت واحد ، بل يجوز أن يتفق على نقلها بعد إجراء التجديد(٢) . فيجوز إذن ، بعد إجراء التجديد ، أن يتفق أطرافه مع الكفيل الشخصى أو الكفيل العينى أو المدينين المتضامنين على نقل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما التأمينات التى تقدم من الغير — كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن — فلا تنتقل إلا برضاء هذا الغير كفيلا كان أو مدينا متضامنا ... ويجوز أن يصدر هذا الرضاء بعد انقضاء التجديد ، فى غير إخلال بحقوق الغير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩) .

هذه التأمينات الشخصية أو العينية إلى الالتزام الجديد ، وذلك فى غير إخلال بحقوق الغير .

والمراد بالغير هنا دائن له تأمين عينى متأخر فى المرتبة . فاذا تم التجديد قبل الاتفاق على نقل الرهن المتقدم إلى كفالة الالتزام الجديد ، فقد انقضى هذا الرهن المتقدم بانقضاء الالتزام الأصلى المضمون بالرهن . فلا يجوز ، بعد أن استفاد الدائن المتأخر فى المرتبة من زوال الرهن المتقدم على هذا النحو ، أن تتفق أطراف التجديد مع الكفيل العينى على أن ينتقل الرهن إلى الالتزام الجديد ، فيضار الدائن المتأخر فى المرتبة باحياء رهن متقدم على تأمينه بعد أن كان هذا الرهن قد انقضى .

الفرع الثانى

الانابة فى الوفاء

(Délégation)

٥١٠ — عموقة الانابة فى الوفاء بالتجديد : قد تنطوى الإنابة فى الوفاء على تجديد بتغيير المدين ، بل وعلى تجديد بتغيير الدائن أيضاً ، كما سنرى . ولكنها قد لا تنطوى على أى تجديد ، فتكون الإنابة فى الوفاء نظاماً مستقلا كل الاستقلال عن التجديد ، ولا علاقة تقوم بين النظامين(١) .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧١ — دى باج ٣ فقرة ٦٠٣ .

وقد أرجع تالير (Thaller) أحكام الأوراق التجارية (effets de commerce) وهى ما تسمى لآن بسندات الائتمان الصرفية (titres de crédit) – وهى الكمبيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات (chèques) – إلى قواعد الإنابة فى الوفاء (حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ – القانون التجارى الطبعة السابعة فقرة ١٦٣٩) . وكذلك أرجعت إلى قواعد الإنابة فى الوفاء أحكام أوراق الاعتماد (lettres de crédit) والتحويل من حساب جار إلى حساب آخر (virement bancaire) . على أن الفقه المعاصر تحول من هذا الاتجاه . فالشيك ليس إلا أمراً يصدره الساحب (tireur) إلى المصرف المسحوب عليه (tiré) بدفع قيمة الشيك لحامله (bénéficiaire direct ou endossataire) ، والمصرف ليس إلا وكيل الساحب ينفذ ما وكله فيه ، وهذا هو أيضاً الحكم فى التحويل من =

ولم يعرض التقنين المدنى السابق للإنابة فى الوفاء إلا باشارة عابرة دون أن يذكر اسمها ، أما التقنين المدنى الجديد فقد عنى بها وأفرد لها نصوصاً خاصة (١) .

وسنرى أولا كيف تتم الإنابة فى الوفاء، سواء انطوت على تجديد أو لم تنطو . ثم نرى بعد ذلك ماهى الآثار التى تترتب على الإنابة فى الوفاء فى صورتيها ، صورة التجديد وصورة النظام القانونى المستقل عن التجديد .

المبحث الأول

كيف تتم الانابة فى الوفاء

٥١١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى على ماياتى :

« ١ — تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين » .

= حساب جار إلى حساب جار آخر (أنظر فى هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٦١١ وفقرة ٦١١ مكررة) . وتخضع الكمبيالات والسندات الإذنية لأحكام خاصة بها أنشأتها وطورتها المعاملات التجارية ، ولا تتسع لها قواعد الإنابة فى الوفاء التى ترجع فى أصلها إلى القانون الرومانى (أنظر فى هذا المعنى بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠١٨ ص ١٠٠ — بولانجيه فى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ٢ وفقرة ٥ — فقرة ٦) . وأنظر فى نظام قريب من الإنابة ، كان معروفاً فى القانون الفرنسى القديم تحت اسم (rescription)، وكان يتسع لتأصيل الأوراق التجارية ونحوها لو أن الفقه الفرنسى الحديث احتفظ به كما احتفظ به الفقه فى ألمانيا وفى سويسرا إلى كابيتان فى السبب فقرة ١٧٧ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما الإنابة فلم يعرض لها التقنين القائم (السابق) إلا بمجرد إشارة عابرة فى بعض الأحكام الخاصة بالتجديد بتغيير المدين ، دون أن يعنى بذكر إسمها . ولكن المشروع أفرد لها نصوصاً خاصة استظهر فيها سمتها الذاتية من حيث التجديد ، وعرض صورتيها ، فتناول الإنابة الكاملة وهى فى حقيقتها ليست سوى تجديد بتغيير المدين ، والإنابة القاصرة وهى لا تستتبع التجديد وهى بذلك أعظم أهمية من الناحية العملية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) .

« ٢ – ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى(١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥٧ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٦ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٠٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٦/١و٢(٣) .

٥١٢ – الإنابة تفترض أشخاصاً ثلاثة : ويستخلص من النص المتقدم الذكر أن الإنابة تقتضى وجود أشخاص ثلاثة : (١) المنيب (délégant) وهو المدين الذى ينيب الشخص الأجنبى ليفى الدين إلى الدائن ، ومن ثم سمى منيباً . (٢) المناب (délégué) وهو هذا الشخص الأجنبى الذى ينيبه المدين ليفى الدين إلى الدائن ، ومن ثم سمى منابا . (٣) المناب لديه (délégataire)

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦١) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٠ وما بعدها – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٦ وما بعدها .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٤٦ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٠٥ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى – وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٤١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٢٦/١و٢ : إن التفويض هو توكيل يعطى من شخص (يدعى المفوض) لشخص آخر (يدعى المفوض إليه) ليعقد التزاماً تجاه شخص ثالث (يسمى المفوض لديه) — وهو لا يفيد بحكم الضرورة وجوب موجب سابق بين المتعاقدين . (وحكم التقنين اللبنانى متفق مع حكم التقنين المصرى) .

وهو الدائن الذى ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفى له الدين ، ومن ثم سمى منابا لديه .

٥١٣ — ما يمكن أن يقوم من مديونية مابين هؤلاء الأشخاص الثلاثة :

والغالب أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه ، ولذلك ينيب المناب فى وفاء هذا الدين . والغالب أيضاً أن يكون المنيب دائناً للمناب ، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه ، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذى فى ذمته للمنيب(١) .

على أنه ليس من الضرورى أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه ، كما أنه ليس من الضرورى أن يكون المناب مديناً للمنيب .

فقد يكون المنيب غير مدين للمناب لديه ، وإنما أراد أن يتبرع له بمال ليس عنده أو يقرضه إياه فقصد المناب ، سواء كان هذا مديناً له أو غير مدين ، وطلب إليه أن يلتزم باعطاء هذا المال للمناب لديه . ولكن هذا الفرض نادر ، إذ يكون المنيب فى الكثرة الغالبة من الأحوال مديناً للمناب لديه ، ويريد عن طريق الإنابة أن يفى بهذا الدين(٢) .

وقد يكون المناب غير مدين للمنيب ، ومع ذلك يرضى بأن ينوب عنه فى الوفاء بدينه للمناب لديه ، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاه عنه . وقد يكون متبرعاً ، فلا يرجع على المنيب . ولما كانت مديونية المناب للمنيب ليست حتمية ، بل وليست غالبة فى العمل كما تغلب مديونية المنيب للمناب لديه ،

---

(١) فإذا باع شخص عقاراً مرهوناً لدائن ، وأصبح البائع دائناً بالثمن للمشترى ، جاز للبائع أن يفى الدين المضمون بالرهن عن طريق الإنابة فى الوفاء . ويتم ذلك بأن ينيب البائع المشترى فى الوفاء بهذا الدين للدائن المرتهن ، فيكون البائع منيباً والمشترى مناباً والدائن مناباً لديه . وتكون هناك علاقة مديونية أولى بين المناب والمنيب إذ المشترى مدين بالثمن للبائع ، وعلاقة مديونية ثانية بين المنيب والمناب لديه إذ البائع مدين للدائن المرتهن (انظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٢) . وقد وجدت علاقة مديونية ثالثة بين المناب والمناب لديه ، إذ المشترى يصبح مديناً مديونية مباشرة للدائن المرتهن (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٢) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧١ .

فقد تولت الفقرة الثانية للمادة ٣٥٩ مدنى إبراز هذا الوضع ، فنصت كما رأينا على أنه «لا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة مابين المدين والأجنبى» ، أى مابين المنيب والمناب(١) .

٥١٤ — قد تتضمن الإنابة تجديداً وقد لا تتضمن — الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة : والإنابة، على النحو الذى بيناه ، قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين ، وقد تنطوى فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن . فاذا كان المنيب مديناً للمناب لديه ، ولم يكن المناب مديناً للمنيب أو كان مديناً له ، واتفق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين ، بأن يقبل المناب أن يكون مديناً للمناب لديه مكان المنيب ، سميت الإنابة فى هذه الحالة إنابة كاملة (délégation parfaite) ، لأنها تتضمن تجديداً بتغيير المدين . وقد تنطوى هذه الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن ، إذا كان المناب مديناً للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه هو المناب لديه بدلا من المنيب ، فيكون المنيب قد جدد دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين ، ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن(٢) .

فاذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين ، بل بقى المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب ، وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد ، المنيب وهو مدينه الأصلى والمناب وهو المدين الجديد ، سميت الإنابة فى هذه الحالة بالإنابة القاصرة (délégation imparfaite) . وهى قاصرة إذ هى لم تبرىء ذمة المنيب نحو المناب لديه ، بينما الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد . والإنابة القاصرة هى التى يغلب وقوعها

---

(١) وقد يعلق المنيب الإنابة على شرط فاسخ أو شرط واقف ، إذا كان الدين الذى له فى ذمة المناب معلقاً على هذا الشرط ، فإذا تحقق الشرط انفسخت الإنابة او نفذت بحسب الأحوال (استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٣) .

(٢) وهذه الإنابة الكاملة التى تتضمن تجديداً بتغيير المدين وتجديداً بتغيير الدائن هى التى رددنا إليها الحوالة فى الفقه الإسلامى فى مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة فيما تقدم (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠) .

فى العمل ، فان المناب لديه قل أن يقبل إبراء ذمة المنيب ، ويأبى إلا أن يستبقيه مديناً أصلياً ويضيف إليه المناب مديناً جديداً . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ مدنى ، كما سنرى ، على ما يأتى : « ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الإنابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » . فنية التجديد يجب ، كما قدمنا ، أن تكون واضحة لا غموض فيها . فاذا قام شك ، اعتبرت الإنابة قاصرة لا تتضمن تجديداً (١) .

والعبرة فى معرفة ما إذا كانت الإنابة كاملة أو قاصرة هى بأن تتضمن تجديداً بتغيير المدين أو لا تتضمن ، فان تضمنت هذا التجديد كانت كاملة ، وإلا فهى قاصرة . أما التجديد بتغيير الدائن فليس من شأنه أن يجعل الإنابة كاملة ، فقد لا يتفق على التجديد بتغيير المدين ، فتكون الإنابة قاصرة حتى لو اتفق على التجديد بتغيير الدائن . على أن الغالب أن الإنابة إذا تضمنت تجديداً ، كان التجديد من الجهتين ، بتغيير المدين وبتغيير الدائن فى وقت واحد (٢) .

٥١٥ — الإنابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير : ويمكن الوصول إلى الإنابة القاصرة عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ويكون ذلك بأن يشترط المنيب على المناب أن يقوم بوفاء دينه للمناب لديه ، فينشأ عندئذ للمناب لديه حق مباشر يستطيع بموجبه أن يستوفى حقه من المناب . فيكون له بذلك مدينان : المنيب وهو مدينه الأصلى ولم تبرأ ذمته بالاشتراط ، والمناب وهو المتعهد فى الاشتراط فترتب فى ذمته التزام مباشر نحو المناب لديه .

---

(١) دمنهور تجارى ٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٥٧ ص ١٣٧٤ — هذا ولا ضرورة فى الإنابة ، كاملة كانت أو قاصرة ، لأى إجراء لتكون نافذة فى حق الغير ، ويكفى فى ذلك رضاء أطراف الإنابة . ذلك أن الإنابة لا تنطوى على حوالة حق ، لتكون فى حاجة إلى إعلان . فالمناب لديه يصبح دائناً للمناب دون أن ينتقل إليه حق المنيب فى ذمة المناب ، إذ يبقى هذا الحق فى ذمة المناب للمنيب ما لم يكن قد انقضى بالتجديد (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٤٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٣) — ويصح أن يكون رضاء المناب لديه ضمنياً ، كما إذا قبل استيفاء الدين من المناب (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٨) . ويجوز ، قبل رضاء المناب لديه ، إذا اتفق المنيب والمناب على الإنابة ، أن يرجع كل منهما فيها (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢) .

(٢) انظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢١ .

بل إن الاشتراط لمصلحة الغير أيسر من الإنابة القاصرة ، إذ هو يتم بمجرد اتفاق المنيب والمناب ، ومن وقت هذا الاتفاق . أما رضاء المناب لديه فليس ضرورياً إلا لجعل الاشتراط غير قابل للنقض . وهذا بخلاف الإنابة القاصرة ، فانها لا تتم إلا فى الوقت الذى يجتمع فيه رضاء كل من المنيب والمناب والمناب لديه(١) . على أن الإنابة القاصرة تفضل الاشتراط لمصلحة الغير فى أن المناب لديه لا يحتج عليه بالدفوع المستمدة من العلاقة ما بين المنيب والمناب ، أما المنتفع فى الاشتراط فيحتج عليه بالدفوع المستمدة من عقد الاشتراط الذى تم بين المنيب والمناب(٢) .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على الانابة فى الوفاء

٥١٦ — التمييز بين صورتى الانابة فى الوفاء : هنا يجب التمييز بين صورتى الإنابة فى الوفاء : الإنابة الكاملة (أى التجديد بتغيير المدين) والإنابة القاصرة .

المطلب الأول

الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين

٥١٧ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ١٢٧٩ — والقضاء فى فرنسا يتردد بين النظامين ، فهو تارة يطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير وبخاصة فيما بين الورثة إذا اتفقوا على أن يتحمل أحدهم بدين على التركة ، وطوراً يطبق أحكام الإنابة وبخاصة فى إنابة البائع المشترى أن يفى بدين على البائع . وأمام هذا التسابق بين النظامين ، يرجح الفقه أن يكون السبق للاشتراط لمصلحة الغير (بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ١٢٧٩ ص ٦٨٣ — وأنظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٧) .

(٢) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٢٠ .

« إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاماً جديداً، كانت هذه الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة » .

وتنص المادة ٣٦١ على ما يأتى :

« يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص (٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ١/٣٥٨ و٣٥٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ١/٣٤٧ و٣٤٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ١/٤٠٦ و٤٠٧ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٧ (٣) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ١/٣٦٠ : ورد هذا النص فى المادة ١/٤٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٣٧٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣) .

م ٣٦١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨١ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٧ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ١/٣٥٨ و ٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين المدنى المصرى) .

ونتناول ، فى بسط الآثار التى تترتب على الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب ، وأخيراً العلاقة ما بين المناب لديه والمناب .

٥١٨ — العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه : لما كانت الإنابة الكاملة هى كما قدمنا تجديد بتغيير المدين لالتزام المنيب قبل المناب لديه ، فان التجديد يقضى هذا الالتزام ، فتبرأ ذمة المنيب . ويشترط لانقضاء الالتزام ، كما هو الأمر فى كل تجديد ، أن ينشأ الالتزام الجديد المترتب فى ذمة المناب للمناب لديه صحيحا . ولذلك لا تضيف الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ مدنى فى هذا الصدد جديداً .

ولكنها تضيف جديداً عند ماتشترط «ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة» . ذلك أن الأصل فى تجديد الدين بتغيير المدين أنه متى نشأ الالتزام الجديد صحيحا، فقد انقضى الالتزام القديم، ولا يرجع الدائن إلا على المدين الجديد . فاذا كان هذا معسراً ، سواء كان معسراً عند التجديد أو أعسر بعد ذلك ، فان الدائن هو الذى يتحمل تبعة هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المدين الأصلى إلا إذا اشترط عليه ذلك عند التجديد .أما فى الأنابة الكاملة، فقد جعل القانون للدائن —

= التقنين المدنى الليبى : م ٣٤٧/١و٣٤٨ (مطابقتان للمادتين ٣٦٠/١ و ٣٦١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٤٠٦/١ : إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الأول ، كانت الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين . (ونص التقنين العراقى لا يشترط ، كما يشترط ، نص التقنين المصرى ، ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة : أنظر مع ذلك الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٤٣) .

م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٣٦١ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود البنانى م ٣٢٧ : إذا كان قصد المتعاقدين إبدال الموجب أو الموجبات السابقة بموجب جديد (تفويض كامل) فتبرأ فى الحال ذمة المفوض تجاه المفوض لديه ، على شرط أن يكون الالتزام الجديد الذى التزمه المفوض إليه صحيحاً وأن يكون المفوض إليه مليئاً عند التفويض . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المدنى المصرى . ولا مقابل فى التقنين البنانى للمادة ٣٦١ من التقنين المصرى،فهل يمكن العمل بحكم هذه المادة فى لبنان واعتبار التزام المفوض إليه تجاه المفوض لديه التزاما مجرداً ، بالرغم من انعدام النص على ذلك ؟) .

المناب لديه — حق الرجوع على المدين — المنيب — إذا كان المدين الجديد — المناب — معسراً وقت الإنابة ، وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإنابة . فقد افترض القانون أن هذه هي نية ذوى الشأن ، وأن المناب لديه لم يقبل الإنابة مع التجديد ، وما يستتبع ذلك من براءة ذمة المنيب ، إلا وهو حاسب أن المناب موسر وقت الإنابة على الأقل . فاذا تبين أنه كان معسراً فى هذا الوقت ، رجع المناب لديه على المنيب ، ولكن لا بدعوى ضمان ، بل بدعوى الدين الأصلى . ذلك أن المناب لديه وقع فى غلط جوهرى ، عند ما رضى بالإنابة حاسباً أن المناب غير معسر . فاذا ما أبطل الإنابة للغلط ، رجع الالتزام الأصلى الذى كان له فى ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات (١) .

٥١٩ — العلاقة مابين المنيب والمناب : قد لا تكون هناك مديونية سابقة مابين المنيب والمناب كما قدمنا . فعند ذلك ، وبعد أن أصبح المناب مدينا للمناب لديه ، يستطيع الرجوع على المنيب بدعوى شخصية ، هى دعوى الوكالة إن كانت الإنابة بتفويض من المنيب ، أو هى دعوى الفضالة ، أو فى

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ — وعلى المناب لديه أن يثبت إعسار المناب حتى يستطيع الرجوع على المنيب (بودرى وبارد ٣ فقر ١٧٤٨) .

ويذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين الإنابة الكاملة حيث يرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصلى إذا كان المناب معسراً وقت الإنابة وذلك عن طريق إبطال الإنابة للغلط ، وبين التجديد بتغيير المدين إذا اشترط الدائن على المدين الأصلى يسار المدين الجديد وقت التجديد حيث يرجع الدائن على المدين الأصلى بدعوى الضمان لا بدعوى الدين الأصلى إذا كان المدين الجديد معسراً وقت التجديد (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤ ص ٣٨٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٣٠ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٢) . ويرى الأساتذة بلانيول وريبير وردوان أنه يمكن اعتبار التجديد بتغيير المدين المشترط فيه يسار المدين الجديد تجديداً معلقاً على شرط هذا اليسار . فإذا تخلف هذا الشرط ، وتبين أن المدين الجديد كان معسراً وقت التجديد ، انفسخ التجديد ، ورجع الدائن على المدين الأصلى بدعوى الدين الأصلى لا بدعوى الضمان ، فلا يكون هناك محل للتمييز بين الإنابة الكاملة والتجديد بتغيير المدين المشترط فيه يسار المدين الجديد (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ ص ٦٨١ — ص ٦٨٢ — وانظر أيضا بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٠) .

القليل دعوى الإثراء بلا سبب . وهذا كله مالم يكن المناب قد انصرفت نيته إلى التبرع ، فعندئذ لا يرجع بشيء على المنيب .

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فالغالب أن يكون قد قصد من قبوله الإنابة أن يجدد الدين الذى فى ذمته للمنيب عن طريق تغيير الدائن ، ويكون قد وفى هذا الدين بالالتزام الجديد الذى نشأ فى ذمته للمناب لديه ، فلا يرجع على المنيب بشيء(١). وقد لا يقصد المناب تجديد دينه بتغيير الدائن . فعند ذلك تبقى الإنابة كاملة كما قدمنا ، لأن العبرة فى كونها كاملة هى بانطوائها على تجديد بتغيير المدين لا على تجديد بتغيير الدائن . ولما كان التجديد بتغيير المدين قد أنشأ فى ذمة المناب التزاماً جديداً نحو المناب لديه ، فان المناب يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . وقد تقع مقاصة — إذا توافرت شروطها — ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب ، فينقضى هذا الدين عن طريق المقاصة إن كان لا ينقضى عن طريق التجديد .

٥٢٠ — العلاقة ما بين المناب لديه والمناب : رأينا أن التجديد بتغيير المدين الذى تضمنته الإنابة الكاملة قد أنشأ التزاماً جديداً فى ذمة المناب للمناب لديه ، حل محل الالتزام الأصلى الذى كان فى ذمة المنيب للمناب لديه والذى انقضى بالتجديد . ومن ثم يكون للمناب لديه حق الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد . فان وجده معسراً ، وكان الإعسار قائماً وقت الإنابة ، فقد رأينا أن التجديد يجوز إبطاله ، فيرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصلى . أما إذا كان الأعسار قد حدث بعد الإنابة ، تحمل المناب لديه تبعة هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المنيب بسببه إلا إذا كان قد اشترط ذلك عليه فى عقد الإنابة .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويقتضى تحديد صلة المنيب والمناب شيئاً من التفصيل : فإن كان للمنيب فى ذمة المناب دين سابق ، انطوت الإنابة على تجديد بتغيير الدائن . وإن لم يكن بينهما مثل هذا الدين ، ثبت للمناب حق الرجوع على المنيب، مالم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٦٤).

وعند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد ، لا يستطيع الثانى أن يحتج على الأول بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب فى الدين الذى للمنيب فى ذمة المناب ، فانه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذى نشأ فى ذمة المناب للمناب لديه . ويعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً (obligation abstraite) بالنسبة إلى الالتزام الذى فى ذمة المناب للمنيب . ولذلك رأينا المادة ٣٦١ مدنى تنص على أن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . فاذا لم يجعل المناب ، باتفاق واضح ، التزامه نحو المناب لديه خاضعاً لالتزامه نحو المنيب ، ولم يبين عند قبوله الإنابة أنه لم يرض بها إلا بسبب أنه مدين للمنيب وأنه إنما يفى بهذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه ، كان التزامه نحو المناب لديه منبت الصلة بالتزامه نحو المنيب . ويترتب على ذلك أنه يبقى ملتزماً نحو المناب لديه عن طريق التجديد ، حتى لو ثبت أن التزامه نحو المنيب باطل لأى سبب من أسباب البطلان ، أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء ، أو أن هناك أى دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام(١) . ويجب عليه فى كل حال أن يفى بالتزامه نحو المناب لديه ، ثم إذا ثبت أن التزامه نحو المنيب لا وجود له لبطلانه أو لانقضائه أو لأى سبب آخر ، رجع بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على المنيب ، كما كان يرجع لو لم تكن بين الاثنين مديونية سابقة(٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٥ — وهذا عن العلاقة ما بين الالتزام الجديد والالتزام الذى يكون فى ذمة المناب للمنيب . أما فيما بين الالتزام الجديد والالتزام الأصلى الذى كان فى ذمة المنيب للمناب لديه ، فالعلاقة وثيقة ، فإن الأول قد حل محل الثانى عن طريق التجديد . ويكون انقضاء الالتزام الثانى متوقفاً على نشوء الالتزام الأول صحيحاً ، كما أن نشوء الالتزام الأول متوقف على انقضاء الالتزام الثانى ، وهذا هو الأمر فى شأن كل تجديد .

المطلب الثانى

الإنابة القاصرة

٥٢١ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ومع ذلك لايفترض التجديد فى الإنابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد ، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول »(١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٢)

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٣٥٨ — وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٢/٣٤٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٤٠٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣/٣٢٦(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢/٤٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٣٧٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٧ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٣٥٨ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبي م ٢/٣٤٧ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢/٤٠٦ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدنى المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٤٤ — فقرة ٣٤٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣/٣٢٦ : وهذا التعامل لايقدر تقديراً (ne se présume pas)، ولا يفضى إلى تجديد موجب سابق كان يربط المفوض بالمفوض إليه أو المفوض بالمفوض لديه . وإذا لم يكن هناك نص خاص ، فالموجب الجديد ينضم (vient se juxtaposer) بجانب الموجبات السابقة (وهذا ما يسمى التفويض الناقص) .

(وحكم التقنين اللبنانى متفق مع حكم التقنين المصرى) .

وقد قدمنا أن التجديد لا يفترض فى الإنابة ، فاذا لم يشترط أو قام شك فى اشتراطه ، فالمفروض أن أطراف الإنابة لم يقصدوا تجديداً ، بل قصدوا أن يضيف المناب لديه إلى المنيب مدينه الأصلى مديناً جديداً هو المناب .

فنتناول هنا ، كما تناولنا فى الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب ، ثم العلاقة ما بين المناب لديه والمناب .

٥٢٢ — العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه : فى الإنابة القاصرة يبقى المنيب مديناً للمناب لديه ، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذى فى ذمته للمناب لديه ، أو إلا إذا وفى المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصلى الذى فى ذمته . وبمجرد أن يقوم أحدهما — المناب أو المنيب — بالوفاء للمناب لديه ، تبرأ ذمة الآخر . وللمناب لديه أن يرجع على المنيب بالدين الأصلى بما يكفله من تأمينات (١) قبل أن يرجع على المناب ، كما أن له أن يرجع على المناب بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المنيب ، فليس يلتزم فى الرجوع على أيهما بترتيب معين .

٥٢٣ — العلاقة ما بين المنيب والمناب : إذا لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما ، وقد أصبح المناب مديناً للمناب لديه ، فانه إذا وفاه هذا الدين قبل أن يوفيه المنيب الدين الأصلى ، كان للمناب حق الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال ، ما لم يكن متبرعاً فلا يرجع بشىء .

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فيجوز أن يكون قد قصد تجديد هذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه ، فينقضى التزامه نحو المنيب فى مقابل الالتزام الذى نشأ فى ذمته للمناب لديه ، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدائن . فاذا ما وفى المناب الدين للمناب لديه ، لم يرجع على المنيب بشىء . أما إذا كان المنيب هو الذى وفى الدين الأصلى للمناب لديه ، فانه يرجع على المناب بما كان

---

(١) برلانجيه فى أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ١٤ .

له من دين فى ذمته ، لأن ذمة المناب نحو المناب لديه تكون قد برئت بالوفاء الحاصل من المنيب ، فينفسخ التجديد ، ويعود الدين الذى كان فى ذمة المناب للمنيب .

وقد لا يقصد المناب تجديد دينه قبل المنيب، فيبقى هذا الدين قائماً فى ذمته . ويرجع به عليه المنيب ، إذا كان هو الذى قام بالوفاء للمناب لديه . أما إذا كان المناب هو الذى قام بالوفاء للمناب لديه، كان له حق الرجوع على المنيب . وقد تقع مقاصة — إذا توافرت شروطها — ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب .

٥٢٤ — العلاقة ما بين المناب لديه والمناب : هذه هى السمة البارزة فى الإنابة القاصرة ، فان المناب يكون مديناً جديداً للمناب لديه ، فيكون إذن للمناب لديه مدينان : مدينه الأصلى وهو المنيب ، والمدين الجديد وهو المناب . ويستطيع المناب لديه ، كما رأينا ، أن يرجع على أيهما دون أن يلتزم بترتيب معين ، فاذا وفاه أحدهما برئت ذمة الاثنين معاً نحوه . ثم يرجع المناب على المنيب أو لا يرجع بحسب الأحوال ، طبقاً للقواعد التى أسلفناها . ويترتب على ما قدمناه أنه إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فالتزم نحو المناب لديه فى مقابل الدين الذى فى ذمته للمنيب ، اجتمعت ديون ثلاثة : دين المنيب للمناب لديه ، ودين المناب للمنيب ، ودين المناب للمناب لديه . فاذا قضى المناب الدين للمناب لديه ، انقضت هذه الديون الثلاثة فى وقت واحد(١) .

ويلاحظ أنه إذا كان للمناب لديه مدينان ، فان كل مدين منهما مصدر

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما إذا بقى المنيب ملزماً بالدين قبل المناب له رغم الإنابة ، فيكون للدائن مدينان عوضاً عن مدين واحد ، وهذا هو الفرض الغالب لأن التجديد لا يفترض فى الإنابة . فلو فرض فى هذه الحالة أن كان للمنيب دين سابق فى ذمة المناب ، استتبعت الإنابة وجود دين ثالث يترتب للمناب لديه فى ذمة المناب ويضم إلى الدينين الأولين ، وهما دين المناب له قبل المنيب ودين المنيب قبل المناب ، فإذا قام المناب بقضاء حق المناب له ، انقضت هذه الديون الثلاثة . وإذا تخلف عن الوفاء ، كان للمناب له أن يرجع على المنيب والمناب ، دون أن يكونا متضامنين . فإن وفاه الأول كان لهذا أن يرجع بدينه على المناب ، وإن انتصف من الثانى انقضت الديون الثلاثة كما تقدم بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥) .

دينه مستقل عن مصدر دين الآخر : مصدر دين المنيب هو مصدر الالتزام الأصلى ، ومصدر دين المناب هو عقد الإنابة . ومن ثم لا يكون هناك تضامن بين المدينين(١). كذلك لايعتبر المناب كفيلا للمنيب ، فقد قدمنا أن للمناب لديه أن يرجع عليه أولا وليس له أن يدفع بحق التجريد(٢).

والدين الذى أنشأته الإنابة فى ذمة المناب للمناب لديه هو دين مجرد (obligation obstraite) ، لايتأثر بالدين الذى يكون فى ذمة المناب للمنيب، شأن الإنابة القاصرة فى ذلك هو شأن الإنابة الكاملة فيما قدمناه . فاذا كان الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب باطلا ، أو كان قد انقضى ، أو كان يصح أن يدفع بأى دفع آخر، فليس لأى شىء من هذا أثر فى الدين الذى فى ذمة المناب للمناب لديه(٣). ذلك أن المناب لديه عندما اتخذ المناب مديناً جديداً إلى جانب مدينه

---

(١) ولما كان الدينان لهما محل واحد بالرغم من اختلاف المصدر ، يدل على ذلك أن الوفاء بأحدهما يبرىء من الآخر (انظر دى باج ٣ فقرة ٦١٢ ص ٥٨٤) ، أمكن القول بأنه إذا لم يكن هناك تضامن بين المدينين ، فهناك تضام بينهما ، فهما مدينان بالتضام (in solidum) لا بالتضامن (انظر آنفا فقرة ١٧٧ — وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ — ص ٦٨٢ هامش رقم ١) .

(٢) فالإنابة القاصرة ضمان للدائن أكثر منها ضماناً للمدين ، والغرض منها أن يتمكن المدين من تقديم ضمان لدائنه، فيما إذا أراد مد أجل الدين أو فيما إذا وقع عند الدائن شك فى يساره، فيأتى بمدين آخر إلى جانبه يستطيع الدائن أن يرجع عليه أولا إذا شاء . وهذا من شأنه أن يبعث الاطمئنان إلى نفس الدائن ، وأن يمكن المدين من استخدام ما عسى أن يكون له من دين فى ذمة المناب ليكون أداة ائتمان يوثق بها دينه نحو دائنه (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ — وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤) . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أن تفسير النية المعقولة لأطراف الإنابة يؤدى إلى القول بأن المناب لديه يرجع أولا على المناب ، فإن لم يدفع الدين فى الحال رجع المناب لديه فوراً على المنيب دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات أخرى . ويكون شأن الإنابة القاصرة فى المسائل المدنية هو شأن الكمبيالة فى المسائل التجارية ، فى الكمبيالة إذا لم يستوف صاحبها حقه من المسحوب عليه رجع فوراً على الساحب (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٤ ص ١٠٥ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى بولانجيه فى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ délégation فقرة ١٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٣٢) .

(٣) على أنه قد تنتقل التأمينات التى كانت لدين المنيب فى ذمة المناب عند رجوع المناب لديه على المناب إذا كانت هذه هى نية أصحاب الشأن، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه —

الأصلي لم يدخل في اعتباره أن هذه المديونية الجديدة لها أية صلة بالمديونية مابين المناب والمنيب . وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في الإنابة الكاملة ، وأوردنا نص المادة ٣٦١ مدني التي تقضي بأن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » . وهذا النص يسرى على الإنابة القاصرة كما يسرى على الإنابة الكاملة ، فهو لا يميز في عموم عباراته بين هاتين الصورتين(١) . وإذا وفى المناب الدين للمناب لديه، وكان التزامه هو نحو المنيب باطلا أو كان قد

= إذا أناب بائع العقار المشترى في الوفاء بدين على البائع بما على المشترى من الثمن وكانت هذه الإنابة شرطاً في البيع ، انتقل للمناب لديه حق امتياز البائع على العقار وهو في يد المشترى (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٢) .

(١) ومن الحق أن يرجع المناب لديه على المناب ، دون أن يعتد بالمديونية بين المناب والمنيب . فهو في الإنابة القاصرة قد ضم المناب مديناً إلى جانب المنيب لقاء مزية أولاها ، كأن يكون قد مد في أجل الدين . وهو في الإنابة الكاملة قد أبرأ ذمة المنيب وجعل مكانه المناب مديناً ، فلا يجوز بعد أن فقد حق الرجوع على المنيب ألا يستطيع الرجوع بعد ذلك على المناب (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٤ – وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٦ – وأنظر استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٨ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩٦ – ومع ذلك انظر في أن المناب يستطيع أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب وذلك في الإنابة القاصرة دون الإنابة الكاملة : استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) .

وإذا كان المناب مديناً للمنيب وقبل الإنابة فأصبح مديناً للمناب لديه ، فإن مركزه يختلف في الإنابة عنه في حوالة الحق فيما إذا كان المنيب ، بدلا من الالتجاء إلى الإنابة ، عمد إلى حوالة الحق الذي له في ذمة المناب إلى دائن جديد . تختلف عندئذ حوالة الحق عن الإنابة من الوجوه الآتية: (١) من حيث الانعقاد : لا تقتضى الحوالة رضاء المدين ، وتقتضى الإنابة رضاء المناب . (٢) من حيث النفاذ : تقتضى الحوالة إعلان المدين أو قبوله ، ولا تقتضى الإنابة إعلان المناب إذ هو رضى بالإنابة فلا حاجة إلى إعلانه بها . (٣) من حيث الآثار : في الحوالة ينتقل إلى الدائن الجديد نفس الحق بصفاته وتأميناته ودفوعه ، وفي الإنابة يترتب للمناب لديه في ذمة المناب حق جديد ليست له صفات الحق الذي للمنيب على المناب ولا تأميناته ولا دفوعه . ويتبين من ذلك أن الإنابة تمتاز على الحوالة من الناحية الآتية : لا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، أما في حوالة الحق فعلى النقيض من ذلك يستطيع المدين أن يحتج على المحال له بالدفوع التي كان يستطيع أن يحتج بها على الدائن الأصلي .

انقضى، فانه يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، كما هو الأمر فيما لو لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما. وغنى عن البيان أن للمناب أن يشترط فى الإنابة جعل التزامه نحو المنيب سبباً لالتزامه نحو المناب لديه، وعندئذ يسقط التزامه نحو المناب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلا أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأى دفع آخر (١).

وإذا كان الدين الذى للمناب لديه على المناب لا يتأثر بالدين الذى للمنيب على المناب، فانه على النقيض من ذلك يتأثر بالدين الذى للمناب لديه على المنيب، إذ أن محل الدينين محل واحد كما قدمنا، فالدفوع التى يمكن أن يدفع بها أحدهما يدفع بها الآخر. ذلك أن المناب لما اتخذ مدينين، المنيب والمناب، لم يقصد أن يضاعف الدين الذى له، ولا وجه لهذه المضاعفة. بل هو قصد أن يتقاضى الدين الذى له من أى المدينين، فاذا تقاضاه من أحدهما برئت ذمة الآخر. فالدينان متصلان أحدهما بالآخر أوثق الاتصال، وإذا كان الدين الذى للمناب لديه على المنيب باطلا أو قابلا للإبطال أو كان يمكن أن يدفع بأى دفع آخر، جاز للمناب فى الدين الآخر الذى فى ذمته للمناب لديه أن يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفوع (٢).

---

(١) الأستاذ أسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٩ ص ٣٥٩ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى فيما يتعلق بالإنابة الكاملة كابيتان فى السبب فقرة ١٧٩ ص ٣٩٨ هامش رقم ٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٢ — وفى القانون الألمانى يميز الفقهاء، فى الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة على حد سواء، بين ما إذا كان المناب قد التزم نحو المناب لديه التزاماً مجرداً فعند ذلك لا يستطيع أن يحتج عليه بالدفوع التى كان يستطيع المنيب أن يحتج بها، أو التزم التزاماً غير مجرد وعندئذ يستطيع أن يحتج بهذه الدفوع (كابيتان فى السبب فقرة ١٨٣ ص ٤٠٩ هامش رقم ٣). وغنى عن البيان أن المناب، فى التقنين المصرى، لا يلتزم نحو المناب لديه التزاما مجرداً إلا فيما يتعلق بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب (م ٣٦١ مدنى)، أما الدفوع التى كان المنيب يستطيع أن يحتج بها على المناب لديه فلا يوجد نص يجعل التزام المناب فيها مجرداً .

انظر عكس هذا الرأى — أى لا يجوز للمناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى تكون للمنيب فى مواجهة المناب لديه — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٩٤ — ص ٩٥ بالنسبة إلى الإنابة القاصرة وص ٩٧ بالنسبة إلى الإنابة الكاملة — وانظر أيضاً الأستاذ محمود أبو عافية —

الفصل الثالث

المقاصة (*)

Compensation

٥٢٥ — المقاصة أداة وفاء وأداة ضمان : إذا أصبح المدين دائناً لدائنه ، وكان محل كل من الدينين المتقابلين — ما فى ذمة الدين للدائن وما فى

= فى التصرف القانونى المجرد (النسخة العربية) فقرة ٦١ ص ٢٢٠ — ص ٢٢١ (ويذهب إلى حد أنه إذا قام المنيب بوفاء الدين بعد الإنابة ، لم تبرأ ذمة المناب ولا يجوز له أن يحتج على المناب لديه بهذا الوفاء) .

والقضاء المختلط قد اضطرد فى المعنى الذى نقول به ، فقد قضى : (أولا) بأنه لا يجوز للمناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، فهنا يكون التزام المناب مجرداً (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ ، ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) . (ثانياً) بأنه يجوز للمناب أن يحتج على المناب لديه بالدفوع التى تكون للمنيب فى مواجهة المناب لديه ، فهنا لا يكون التزام المناب مجرداً (استئناف مختلط ٢٦ نوفبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٨ — ٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٤ — أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) .

على أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى قد ورد فيها ما يفيد عدم جواز احتجاج المناب على المناب لديه بالدفوع التى للمنيب فى مواجهة المناب لديه ، فقد جاء فيها ما يأتى : « بيد أن الفكرة الجوهرية فى الإنابة هى أن تعهد المناب قبل المناب له تعهد مجرد . وأهم ما يتفرع على هذه الفكرة من الناحية العملية عدم جواز احتجاج المناب على المناب له (وردت المنيب خطأ فى المذكرة الإيضاحية) بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المنيب ، أو بالدفوع التى كان للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٥) . ونرى عدم التقيد بما جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذه المسألة .

(*) مراجع : جوسلان (Jousselin) فى المقاصة القانونية والمقاصة القضائية رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ — كاسان (Cassin) الدفع المستخلص من عدم التنفيذ فى الروابط التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — نيكيه (Nicket) مفعول المقاصة (Du jeu de la compensation) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٤ — نستيانى (Nestianu) فى المقاصة فى القانون المدنى الألمانى رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لير (Lair) فى المقاصة والدعاوى الفرعية =

ذمة الدائن للمدين — نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما عن طريق المقاصة . فالمقاصة إذن هى أداة وفاء ، وهى فى الوقت ذاته أداة ضمان (١) .

أما أنها أداة وفاء ، فذلك ظاهر مما قدمناه . فتقابل دينين توافرت فيهما شروط معينة يقضى كلا الدينين بقدر الأقل منهما ، فيكون كل مدين قد وفى الدين الذى عليه بالدين الذى له ، ومن هنا كانت المقاصة أداة وفاء أو سبباً من أسباب انقضاء الالتزام . بل هى أداة تبسيط فى الوفاء ، فهى تقضى دينين فى وقت معاً دون أن يدفع أى مدين من المدينين إلى دائنه شيئاً ، إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائنه ما يزيد به هذا الدين على الدين الآخر . وبذلك يقتصد المدين من نفقات الوفاء ، ولا يتجشم عناء إخراج النقود أو غيرها من المثليات وإرسالها للدائن وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر وتبعات (٢) . ومن ثم كان للمقاصة شأن كبير فى المعاملات التجارية حيث الحاجة تشتد إلى السرعة فى التعامل والاقتصاد فى الإجراءات . وهذا الحساب الجارى ، وهو من دعائم

= فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٢ — ألبير ديجاردن (Albert Desjardins) فى المقاصة والدعاوى الفرعية فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٤ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويتفرع على ذلك أن المقاصة تنطوى على معنيين : أولهما معنى الوفاء ، فكل من الدينين يقاص وفاء بالدين الآخر . والثانى معنى الضمان ، لأن من يتمسك بها ، لتلاقى ما وجب فى ذمته بما وجب له فى ذمة هذا الدائن من حيث القصاص ، يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين . وقد تغالت التقنينات الجرمانية فى إعمال فكرة الضمان هذه ، فقضت المادة ١٢٣ من تقنين الالتزامات السويسرى مثلا بأن للدائنين عند إفلاس المدين أن يقاصوا ديونهم ، ولو لم تكن مستحقة الأداء ، فيما يجب فى ذمتهم من ديون للمفلس . وغنى عن البيان أن هذا النص يجعل للمقاصة حقيقة الامتياز ، وهو أمر غير ميسور القبول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤) .

ويلاحظ أن فكرة الضمان هى الغالبة فى القوانين الجرمانية فالمقاصة فيها ضرب من التأمين (garantie) ، وفكرة الوفاء هى الغالبة فى القوانين اللاتينية فالمقاصة فيها وفاء مبسط (paiement abrégé) . انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٥ وفقرة ١٠٤٨ ص ١٢١ هامش رقم ٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٧٦ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١ .

التجارة ، يقوم على أساسين ، المقاصة ثم التجديد . فتقع المقاصة أولا بين الحساب الدائن والحساب المدين ، ثم يتخلف عن المقاصة رصيد هو الذى يقع فى شأنه التجديد . وهذه غرف المقاصة (chambres de compensation)، تقوم عملياتها على إجراء المقاصة بين ما للمصارف وما عليها ، فيستغنى بذلك عن نقل العملة من مصرف إلى مصرف ثم ردها بعد ذلك إلى المصرف الذى خرجت منه (١) .

وأما أن المقاصة أداة ضمان ، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذى فى ذمته دون غيره من دائنى المدين ، فيستوفى حقه منه متقدماً عليهم جميعاً . وهو ، وإن كان دائناً عادياً ، فى حكم الدائن المرتهن أو الدائن ذى حق الامتياز ، والدين الذى فى ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه . ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأميناً ، فهى من هذا الوجه أداة ضمان (٢) .

٥٢٦ — المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس : والمقاصة ، كأداة للضمان على الوجه الذى بيناه ، تقرب فى مهمتها من نظامين قانونيين آخرين ، هما الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . فقد رأينا أن أى طرف فى العقد الملزم للجانبين له أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام حتى يستوفى ماله من حق مقابل ، ورأينا كذلك أن الدائن له أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفى حقاً مرتبطاً بالشىء المحبوس . ففى هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه ، فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يحبس ما تحت يده . والمقاصة تؤدى نفس الغرض ، فالدائن لا يدفع الدين الذى عليه استيفاء لحق الذى له . بل إن المقاصة تصل إلى مدى أبعد فى تأدية هذا الغرض ، إذ الدائن لا يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه أو على حبس الدين الذى عليه ، بل هو يقضى الدين الذى عليه قضاء تاماً بالحق الذى له فى

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١ .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٤ — فقرة ١٠٢٥ — دى باج ٣ فقرة ٦١٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٣ .

ذمة دائنه (١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى الدفع بعدم التنفيذ فى الجزء الأول من الوسيط ، وفى الحق فى الحبس فى الجزء الثانى .

٥٢٧ — منشأ المقاصة فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم : ومما يوثق العلاقة ما بين المقاصة والحق فى الحبس — والدفع بعدم التنفيذ ليس إلا صورة من صور الحق فى الحبس كما قدمنا — أن منشأهما واحد فى القانون الرومانى ، فقد كان كلاهما يقوم على الدفع بالغش (exception de dol).

فقد رأينا عند الكلام فى الحق فى الحبس(٢) أن منشأ هذا الحق يرجع إلى عهد القانون الرومانى ، فقد كان الحائز لعين غير مملوكة له وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أنفق مالا فى حفظها أو فى تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين أعطى البريطور الرومانى للحائز دفعاً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه فى حفظ العين وفى تحسينها . وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق فى استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمناً فى العقود الملزمة للجانبين ، وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمى بعد ذلك فى القانون الفرنسى القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد .

أما المقاصة فقد تأخر ظهورها فى القانون الرومانى ، إذ حال دونها فى أول الأمر مبدأ كان معروفاً فى القانون الرومانى القديم هو مبدأ وحدة الدعوى . فالدعوى الواحدة كانت لا تتضمن إلا طلباً واحداً ، وكان لا يجوز دفعها إلا بنعم أو لا ، أى بالإقرار أو الإنكار . فاذا طالب الدائن مدينه بالدين ، وأراد المدين أن يدفع الطلب بالمقاصة فى دين له فى ذمة الدائن ، امتنع ذلك عليه ،

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٢ ص ١٣١ — ص ١٣٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٣٦ .

لأنه لا بد أن يجيب أولا بأن الدين الذى يطالب به الدائن هو فى ذمته حقاً ، ولا يستطيع أن يضيف إلى هـذه الإجابة أن له أيضاً ديناً فى ذمة الدائن ، وتمت به المقاصة . فكان يحكم عليه أولا بالدين الذى لدائنه فى ذمته ، وله بعد ذلك أن يرفع دعوى مستقلة على دائنه يطالبه فيها بالدين الذى له فى ذمته . ولا يجوز أن يتقدم بهذه الدعوى كدعوى فرعيـة فى الدعوى الأولى التى رفعها الدائن ، لأن مبدأ وحدة الدعوى كان يحول دون ذلك . ثم أقر القانون الرومانى بعد ذلك استثناءات معينة من هذا المبدأ ، وانتهى الأمر إلى وضع قاعدة عامة هى إعطـاء المدين الذى له دين فى ذمة دائنه دفعاً بالغش (excentio doli) يدفع به دعوى الدائن إذا لم يجر المقاصة بين ما له وما عليه ، فكان المدين يتمكن بذلك من إجبار دائنه على إجراء المقاصة . ونرى من ذلك أن هنـاك أصلا مشتركاً بين المقاصة والحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد هو الدفع بالغش . ثم تطور القانون الرومانى ، وفى عهد جوستنيان كانت المقاصة تجرى بحكم القانون (ipso jure) ، ولكن ذلك لم يكن يعنى أن المقاصة كانت قانونية ، فقد بقيت مقاصة قضائية لابد من التمسك بها أمام القضاء ويجوز للقاضى ألا يحكم بها إذا رأى أن البت فى الدين المقابل يستغرق وقتاً طويلا وإجراءات معقدة . وإنما أريد بذلك أن التمسك بالمقاصة لم يعد يقتضى الدفع بالغش (١).

وانتقلت المقاصة إلى القانون الفرنسى القديم بعد تطور بطىء طويل المدى ، وكانت مقاصة قضائية فى بعض الجهات وقانونية فى الجهات الأخرى . ثم تغلبت المقاصة القانونية التى تتم بمجرد تلاقى الدينين دون حاجة إلى حكم قضائى ، بل ودون علم الطرفين بوقوعها (٢) ، وذلك أخذاً بتفسير خاطىء للقانون الرومانى فى عهد جوستنيان حيث وردت عبارة (ipso jure) كما قدمنا .

ومن القانون الفرنسى القديم انتقلت المقاصة القانونية على الوجه الذى بيناه إلى التقنين المدنى الفرنسى ، نتيجة لهذا الفهم الخاطىء للقانون الرومانى (٣) .

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٣٦ – ص ١٣٧ .

(٢) بوتييه فى الالتزامات فقرة ٦٣٥ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٤٣ – دى باج ٣ فقرة ٦١٦ .

٥٢٨ — المقاصة فى التقنينات اللاتينية وفى التقنينات الجرمانية : وهكذا انتقلت المقاصة من القانون الرومانى ، حيث كانت مقاصة قضائية ، إلى التقنينات اللاتينية مقاصة قانونية .

وهناك فرقان جوهريان بين المقاصة القانونية والمقاصة القضائية : (١) فالمقاصة القانونية تتم كما قدمنا بتلاقى الدينين المتقابلين ، فينقضيان معاً بمجرد هذا التلاقى وبحكم القانون . ولا يملك القاضى إلا أن يقضى بالمقاصة بمجرد توافر شروطها ، دون أن يكون له الحق فى رفضها بدعوى أن التحقق من الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة . بل عليه أن يتحقق من وقوع المقاصة مهما طالت الإجراءات ، فاذا تحقق من ذلك وجب أن يقضى بها . أما المقاصة القضائية فلا تتم بتلاقى الدينين المتقابلين ، بل هى لا تقع إلا إذا صدر حكم القاضى بها . فلا بد إذن من أن يتمسك بها الخصم أمام القضاء ، وللقاضى أن يرفض الحكم بها إذا رأى أن البت فى الدين المقابل يقتضى وقتاً واجراءات طويلة . بل وله حق التقدير فى أن يقضى بها أو لا يقضى ، فقد يستصوب عدم القضاء بها بالرغم من تحقق شروطها ، تاركاً لذى الشأن أن يرفع دعوى مستقلة بالحق الذى له . (٢) المقاصة القانونية تقتضى شروطاً معينة يجب توافرها جميعاً حتى تقع بحكم القانون ، فاذا ما توافرت هذه الشروط وقعت ولا مناص من وقوعها ، وإذا تخلف شرط مهما كان شأنه لم تقع . أما المقاصة القضائية فأكثر مرونة ، إذ هى موكولة إلى تقدير القاضى ، فقد لا يقضى بها مع توافر شروطها ، كما قدمنا ، وقد يقضى بها مع تخلف بعض الشروط .

أما التقنينات الجرمانية — كتقنين الالتزامات السويسرى(١) والتقنين الألمانى(٢)

---

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من تقنين الالتزامات السويسرى على ما يأتى « لا تقع المقاصة إلا إذا أعلن المدين للدائن بنيته فى التمسك بها ، فينقضى الدينان عندئذ بمقدار الأقل منهما ومن اللحظة التى كان فيها الدينان صالحين للمقاصة » .

(٢) وقد نصت المادة ٣٨٧ من التقنين المدنى الألمانى على ما يأتى : « إذا كان شخصان مدينين ، كل منهما للآخر ، بدين من جنس واحد ، جاز لكل منهما أن يقاص حقه فى الحق الذى للآخر ، من الوقت الذى يستطيع أن يطالب فيه بحقه وأن يؤدى الحق الذى عليه » . ونصت المادة ٣٨٨ على ما يأتى : « تتم المقاصة بإعلان عن الإرادة يوجه للطرف الآخر ، —

والتقنين اليابانى (١) — فلم تأخذ لا بالمقاصة القانونية التى أخذ بها التقنين المدنى الفرنسى ، ولا بالمقاصة القضائية التى كان يأخذ بها القانون الرومانى . بل جعلت المقاصة رهينة باعلان عن الإرادة (délaration de volonté) يصدر من أحد الطرفين للآخر ، فتقع المقاصة بموجب هذه الإرادة المنفردة متى كانت شروط المقاصة متوافرة . وتعتبر المقاصة قد وقعت بأثر رجعى من وقت توافر هذه الشروط ، لا من وقت الإعلان عن الإرادة ، دون أن يكون للقاضى حق التقدير . فالمقاصة على هذا الوجه ليست قانونية ، لأنها لا تقع بحكم القانون بل باعلان عن الإرادة . وليست قضائية ، لأن التمسك بها أمام القضاء ليس ضرورياً بل يصح أن يصدر هذا الإعلان خارج القضاء ، ثم إن القاضى لا يملك إلا الحكم بها متى توافرت شروطها وليس له حق التقدير . ومن ثم تصبح المقاصة فى التقنينات الجرمانية تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) ، ولهذا التصرف أثر رجعى يستند إلى وقت تلاقى الدينين متوافرة فيهما شروط المقاصة . وهذا الأثر الرجعى فى التقنينات الجرمانية يقربها كثيراً من المقاصة القانونية فى التقنينات اللاتينية ، ففى النظامين تتم المقاصة وينقضى الدينان من وقت تلاقيهما .

على أنه لا تزال هناك فروق بين النظامين . ففى النظام اللاتينى تنص المادة ١٢٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى على أن « المقاصة تتم من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو بغير علم المدينين . فينقضى الدينان على وجه التقابل ، فى اللحظة

= ولا تصح إذا علقت على شرط أو أضيفت إلى أجل » . ونصت المادة ٣٨٦ على ما يأتى : « يترتب على المقاصة أن الحقين ، بالمقدار الذى يتعادلان فيه ، يعتبران منقضيين من وقت تواجدهما أحدهما تجاه الآخر صالحين للمقاصة » .

(١) وقد نصت المادة ٥٠٦ من التقنين المدنى اليابانى على ما يأتى : « ١ — تتم المقاصة باعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر . ولا يجوز مع ذلك أن يعلق هذا الإعلان على شرط أو يقترن بأجل . ٢ — والإعلان عن الإرادة المذكور فى الفقرة السابقة يستند إلى الوقت الذى كان فيه الدينان صالحين للمقاصة على وجه التقابل » .

(٢) أنظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٣٨٨ .

التى يتلاقيان فيها ، فى حدود ما يتعادل من مقدار كل دين (١) » . ويتبين من ذلك أن المقاصة القانونية فى التقنينات اللاتينية تختلف عن المقاصة فى التقنينات الجرمانية من الوجوه الآتية :

أولا — تقع المقاصة القانونية من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو دون علم أحد من الطرفين . وإذا كان أحدهما قد تمسك بالمقاصة ، فهذا التمسك لا يجعلها تتم ، إذ هى قد تمت قبل ذلك . وإنما هو يتمسك بواقعة ترتب عليها أثرها ، كما لو كان يتمسك بالوفاء أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام (٢) . أما المقاصة فى التقنينات الجرمانية فلا تقع من تلقاء نفسها بحكم القانون ، وإنما تقع باعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر كما تقدم القول ، فهى إذن لا يمكن ان تقع دون علم من الطرفين . وإذا لم يعلن أحد من الطرفين إرادته فى إجراء المقاصة ، فالمقاصة لا تقع ، ولا يستطيع القاضى أن يجريها بنفسه ، ويتقاضى كل من الطرفين الدين الذى له من الآخر .

ثانياً — إذا كانت المقاصة تستند فى كل من النظامين إلى وقت تلاقى الدينين ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن إعلان الإرادة فى التقنينات الجرمانية إجراء لابد منه فى المقاصة وله أثره البالغ . ذلك أنه يجب ، فى التقنينات الجرمانية ، أن تكون شروط المقاصة متوافرة إلى وقت إعلان الإرادة . فاذا كانت هذه الشروط متوافرة عند تلاقى الدينين ، ثم تخلف شرط منها عند إعلان الإرادة ، فان الأثر الرجعى لا يفيد ، ولا يمكن إعلان الإرادة فى إجراء المقاصة إلا إذا كانت شروطها متوافرة وقت الإعلان . وهذا بخلاف المقاصة القانونية ، فانها تقع بمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط ، حتى لو تخلف أحد هذه الشروط عند التمسك بها . ونورد مثلا : دفع أحد الطرفين دينه بعد أن تلاقى الدينان

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1290 : La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent à l'instant ou elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

(٢) وهذا ما كان يقوله بوتييه فى عهد القانون الفرنسى القديم : بوتييه فى الالتزامات فقرة ٦٣٥ ..

متوافرة فيهما شروط المقاصة ، وهو يجهل ذلك . فى النظام الجرمانى ، إذا كان هذا الدفع سابقاً على إعلان الإرادة ، لم يجز صدور الإعلان بعد ذلك ، لأن المقاصة وقت الدفع لم تكن قد وقعت ، فوقع الدفع صحيحاً عن دين قائم لم ينقض بالمقاصة . ولا يبقى للطرف الذى دفع الدين الذى عليه إلا أن يتقاضى من الطرف الآخر الدين الذى له . أما فى النظام اللاتينى ، فبمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط تقع المقاصة دون حاجة إلى إعلان ، فاذا دفع أحد الطرفين دينه بعد ذلك فقد دفع ديناً انقضى بالمقاصة ، وله أن يسترد ما دفعه للطرف الآخر بموجب قواعد استرداد غير المستحق ، لا أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذى له كما هو الأمر فى النظام الجرمانى . وهذا ما لم يكن قد نزل عن المقاصة ، فله فى هذه الحالة أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذى له(١) .

ثالثاً — إذا كان أحد الدينين قد سقط بالتقادم وقت إعلان الإرادة ، فقد كان ينبغى فى التقنينات الجرمانية ألا يجوز صدور هذا الإعلان ، حتى لو كان الدين لم يسقط بالتقادم عند تلاقيه بالدين المقابل ، لأن أحد شروط المقاصة قد تخلف وقت الإعلان . أما فى التقنينات اللاتينية ، فانه بمجرد تلاقى الدينين ينقضيان بالمقاصة ، حتى لو أن أحدهما كان قد انقضت مدة التقادم بالنسبة إليه وقت التمسك بالمقاصة . ومن الغريب أن التقنين الألمانى قد أورد فى المادة ٣٩٠ حكماً فى هذه المسألة يخالف منطق التقنينات الجرمانية ويتفق مع منطق التقنينات اللاتينية ، إذ تنص هذه المادة على ما يأتى : « لا يمنع التقادم من وقوع المقاصة إذا كان الحق الذى تم تقادمه لم يكن قد انقضى بالتقادم وقت إن كانت المقاصة ممكنة بينه وبين الحق الآخر (٢) » . وقد أورد التقنين المدنى

---

(١) انظر المادة ١٢٩٩ من التقنين المدنى الفرنسى . وانظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٣٨٧ فقرة ثانية وم ٣٨٩ فقرة ثانية .

(٢) انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٣٨٩ فقرة ثانية . ويعلل الفقه الألمانى هذا الخروج على منطق التقنين الألمانى باعتبارات عملية . فإن الدائن الذى يصبح مديناً لمدينه يعتبر نفسه عادة قد استوفى حقه ، فلا يعنيه بعد ذلك أن يقطع سريان التقادم بالنسبة إلى حقه مادام قد استوفاه . فإذا سقط حقه بالتقادم قبل أن يعلن إرادته فى إجراء المقاصة ، لم يعامل بمقتضى منطق القانون فيضيع عليه حقه ويجبر على الوفاء بدينه ، بل يعامل بمقتضى التصرف المألوف بين الناس فيعذر فى سكوته عن قطع التقادم قبل إعلانه إرادته فى إجراء المقاصة (التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٣ فقرة رابعة) .

المصرى الجديد هذا الحكم فى المادة ٣٦٦ ، إذ تنص على أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . ولكن ورود هذا الحكم فى التقنين المدنى المصرى الجديد يتفق مع منطق هذا التقنين ، فقد أخذ بالمقاصة القانونية المعروفة فى التقنينات اللاتينية كما سنرى .

رابعاً — لما كانت المقاصة فى التقنينات الجرمانية لا تقع إلا باعلان الإرادة ، وجب أن يكون من أعلن إرادته فى إجراء المقاصة أهلا لوفاء الدين ولاستيفائه ، لأن التصرف القانونى الذى صدر منه هو وفاء لدينه واستيفاء لحقه . أما فى التقنينات اللاتينية ، فالمقاصة تقضى الدينين بمجرد تلاقيهما ، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى إعلان عن الإرادة . فالمقاصة فى هذه التقنينات واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً ، ومن ثم لا تشترط أية أهلية فى أى من الطرفين ، بل تقع المقاصة بحكم القانون فى دينين متقابلين ، حتى لو كان كل من المدينين غير مميز (١) .

خامساً — فى حوالة الدين ، هل يجوز للمدين الجديد أن يتمسك بمقاصة بين الدائن والمدين القديم ؟ إذا أخذنا بالنظرية الجرمانية ، لم يجز ذلك ، لأن المقاصة لا تتم إلا باعلان عن الإرادة ، والمفروض أن المدين القديم لم يصدر منه هذا الإعلان فلم تقع المقاصة ، فانتقل الدين قائماً إلى المدين الجديد ، فليس لهذا أن يدفع بمقاصة لم تقع . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤١٧ من التقنين المدنى الألمانى ، إذ تقول : « لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بمقاصة مع حق للمدين السابق (٢) » . أما إذا أخذنا بالنظرية اللاتينية ، وجب القول بأن المقاصة قد

---

(١) لوران ١٨ فقرة ٣٨٢ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ — دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣ .

(٢) وهذا بخلاف حوالة الحق فى التقنين المدنى الألمانى ، فقد نصت المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتى : « يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك تجاه الدائن الجديد بمقاصة فى حق له فى ذمة الدائن السابق ... » والسبب فى هذا الخلاف أن المدين فى حوالة الحق قد يفاجأ بهذه الحوالة قبل أن يعلن إرادته فى إجراء المقاصة بين الحق المحال وحق له فى ذمة المحيل ، فلم يرد القانون أن

وقعت بين دين المدين القديم ودين الدائن منذ تلاقيهما ، فالدين يكون إذن قد انقضى بالمقاصة قبل حوالته ، وللمدين الجديد أن يتمسك بهذه المقاصة قبل الدائن (١) .

هذا وقد اختار التقنين المدنى المصرى فى المقاصة النظام اللاتينى ، جرياً على تقاليده ، فأخذ بالمقاصة القانونية كما هى معروفة فى التقنين المدنى الفرنسى. وإذا كان قد نص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدنى على ألا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، فسنرى أن المقصود بهذا النص أن ينتفى عن المقاصة أنها من النظام العام ، فلا يصح للقاضى أن يقضى بها من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك بها ذو المصلحة فيها .

= يحرمه من إعلان إرادته فى إجراء المقاصة حتى بعد الحوالة . أما فى حوالة الدين ، فالمدينان القديم والجديد ، باتفاقهما على الحوالة قبل إجراء المقاصة ، قد جعلا المقاصة مستحيلة باختيارهما (أنظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٧ فقرة ٢) . انظر فى هذه المسألة المادة ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى والمادة ١٢٩٥ من التقنين المدنى الفرنسى . وانظر آنفاً فقرة ٣٣٥ فى الهامش .

(١) انظر آنفا فقرة ٣٣٥ — وقد قدمنا أن كلا من المدين الجديد والمدين القديم ، فى التقنين المدنى المصرى ، يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . وهذا ما لم تكن حوالة الدين قد انعقدت باتفاق بينهما ، فإن هذا يدل على أن المدين القديم قد نزل عن المقاصة ولا يريد التمسك بها ، فحول الدين الذى فى ذمته إلى المدين الجديد ليطالب بالدين الذى له فى ذمة الدائن .

هذا وما قدمناه من الفروق بين المقاصة فى القوانين الجرمانية والمقاصة فى القوانين اللاتينية ترجع كلها إلى أن المقاصة فى القوانين الأولى تقع بإعلان عن الإرادة ، وتقع فى القوانين الأخرى من تلقاء نفسها بحكم القانون . وهناك فروق ترجع إلى أن الفكرة الغالبة فى المقاصة فى القوانين الجرمانية هى فكرة الضمان ، وهى فى القوانين اللاتينية فكرة الوفاء ، ونذكر منها فرقين : (١) لا تشترط القوانين الجرمانية فى وقوع المقاصة أن يكون الدينان خاليين من النزاع مستحق الأداء لأن فكرة الضمان لا تقتضى ذلك ، وتقتضيه فكرة الوفاء فكان شرطاً فى القوانين اللاتينية . (٢) إذا أفلس أحد المدينين قبل وقوع المقاصة ، امتنع وقوعها فى القوانين اللاتينية ، لأن وفاء ديون المفلس تتقيد بشروط وبإجراءات تتعارض مع وقوع المقاصة . أما فى القوانين الجرمانية فالإفلاس لا يحول دون وقوع المقاصة ، بل إن فكرة الضمان تستدعى وقوع المقاصة عند الإفلاس أكثر مما تستدعيه فى الأحوال الأخرى (انظر فى ذلك كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٧٦) .

٥٢٩ — المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية : رأينا فيما تقدم أن هناك إلى جانب المقاصة القانونيـة مقاصة قضائية هى المقاصة التى كانت معروفة فى القانون الرومانى . ويوجد إلى جانب هذين النوعين من المقاصة مايعرف بالمقاصة الاختيارية ، وهى مقاصة تتم بارادة أحد الطرفين أو بارادتيهما معاً ،إذا نزل صاحب الشأن عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر مادام هذا الشرط مقرراً لمصلحته .

وأهم هذه الأنواع الثلاثة هى المقاصة القانونية ، وهى التى عنى المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان « المقاصة » ، وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونيـة دون غيرها . فنبدأ ببحثها ، ثم نبحث بعد ذلك النوعين الآخرين : المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية .

الفرع الأول

المقاصة القانونية

(Compensation légale)

٥٣٠ — المسائل التى يتناولها البحث : نبحث فى المقاصة القانونية — وكثيراً مانطلق فنقول المقاصة فينصرف اللفظ إلى المقاصة القانونية — موضوعين رئيسيين :

(أولا) الشروط الواجب توافرها حتى تتم المقاصة .

(ثانياً) كيف يكون إعمال المقاصة ، وما هى الآثار التى تترتب عليها(١) .

---

(١) ولا يختلف التقنين المدنى الجديد عن التقنين المدنى السابق فى أحكام المقاصة — عدا النص الوارد فى التقنين الجديد قاضياً بوجوب التمسك بالمقاصة — إلا فى مسائل تفصيلية أشارت إليها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما يأتى : « وقد عمد المشروع ، فوق علاج هذه المسألة الكلية (وجوب التمسك بالمقاصة) ، إلى تدارك عيوب التقنين الراهن (السابق) ، ولا سيما فيما يتعلق بالقصاص فى الديون المتنازعة أو الديون المستحقة الأداء فى أمكنة مختلفة . ثم أنه جمع النصوص المتعلقة بالمقاصة جمعاً أدنى إلى العقل والمنطق . ونص كذلك على أن سقوط —

المبحث الأول

شروط المقاصة

٥٣١ — ما يدخل فى الشروط وما لا يدخل — الديون التى لا تقع فيها المقاصة: يشترط ، حتى تقع المقاصة بين دينين متقابلين ، أن يكون محل كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وأن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء ، وأن يكونا خاليين من النزاع مستحقى الأداء .

ولا يشترط أن يتحد مكان الوفاء ، كما لا يشترط اتحاد مصدر الدينين .

وتقع المقاصة فى الديون أياً كان مصدرها ، إلا فى ديون معينة لا تقع فيها المقاصة نظراً لاعتبار خاص فيها .

فنبحث : (أولا) مايدخل فى الشروط ومالا يدخل (ثانياً) الديون التى لاتقع فيها المقاصة .

المطلب الأول

مايدخل فى الشروط ومالا يدخل

§ ١ — مايدخل فى الشروط

٥٣٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٢ من التقنين المدنى على ماياتى :

« ١ — للمدين حق المقاصة بين ماهو مستحق عليه لدائنه وماهو مستحق له

= الدين بالتقادم لا يحول دون وقوع المقاصة ما دام هذا السقوط لم يكن قد تم فى الوقت الذى أصبح فيه القصاص ممكناً ، وليس هذا الحكم إلا نتيجة منطقية لقاعدة استناد أثر المقاصة إلى وقت توافر شروط القصاص فى الدينين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧) . وانظر فى التقنين المدنى السابق الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٣ — فقرة ٥٩٣ .

قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وكان كل منهما خالياً من النزاع ، مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء » .

« ٢ — ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن(١) » .

ويقابل هـذا النص فى التقنين المدنى السابق المـادتين ١٩٢ / ٢٥٦ و١٩٤/٢٥٨(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربيـة الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المـادة ٣٤٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٠٨ — ٤٠٩ — وفى تقنين الموجبـات والعقود اللبنـانى المواد ٣٢٨ — ٣٣٠(٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية بسيطة . ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل لفظى طفيف ، تحت رقم ٣٧٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة « النوع » بكلمة « الجنس » لأنها أخص من الجنس ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ و ص ٢٧٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ١٩٢/٢٥٦ : المقاصة هى نوع من وفاء الدين يحصل حتما بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر .

م ١٩٤/٢٥٨ : لا تقع المقاصة إلا إذا كان الدينان خاليين من النزاع ومستحق الطلب ، وكانا من النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها ، وبشرط أن يكونا واجبى الأداء فى مكان واحد .

(والأحكام متفقة فى التقنينين القديم والجديد ، فيما عدا وجوب الأداء فى مكان واحد فقد كان شرطاً فى المقاصة فى التقنين السابق ، وهو فى التقنين الجديد ليس بشرط كما سنرى — انظر مع ذلك فى وحدة مكان الوفاء فى التقنين السابق وكيف فسرت بما يتفق مع التقنين الجديد : الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٩ — والتون ٢ ص ٥٢١ — ص ٥٢٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت ص ٦٥٢ هامش رقم ١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٦٢ من التقنين المدنى المصرى) . —

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك شروطاً خمسة يجب توافرها حتى تقع المقاصة بين دينين : (١) التقابل ما بين الدينين (٢) التماثل فى المحل ما بين الدينين (٣) صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء (٤) خلو الدينين من النزاع (٥) استحقاق الدينين للأداء(١) . ونضيف شرطاً سادساً هو أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز عليه ، وهو شرط يؤخذ من الحالات الواردة فى المادة ٣٦٤ مدنى ، حيث تقرر هذه المادة أن المقاصة لا تقع « إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » . ولما كان الاعتبار الذى امتنعت من أجله المقاصة هنا يرجع إلى طبيعة الدين لا إلى مصدره ، فيحسن جعل هذه الحالة ضمن شروط المقاصة ، وانتزاعها من الحالات الأخرى التى ترجع إلى مصدر الدين لا إلى طبيعته .

ونبحث هذه الشروط الستة تباعاً .

= التقنين المدنى الليبى م ٣٤٩ (مطابقة للمادة ٣٦٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٠٨ : المقاصة هى إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه فى مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه .

م ٤٠٩ : ١ — المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون ، أو اختيارية تحصل بتراضى المتداينين . ٢ — ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولا وقوة وضعفاً ، ولا يشترط ذلك فى المقاصة الاختيارية . فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين فى الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما قويا والآخر ضعيفاً ، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضى المتداينين ، سواء اتحد سببهما أو اختلف .

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى : أنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى فقرة ٣٥١ — فقرة ٣٥٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٢٨ : إذا وجد شخصان وكل منهما دائن ومديون للآخر ، حق لكل واحد منهما أن يقاص الآخر بماله قبله على قدر المبلغ الأدنى من الدينين .

م ٣٢٩ : لا تجرى المقاصة إلا بين الديون التى يكون موضوعها نقوداً أو أشياء ذات نوع واحد من المثليات .

م ٣٣٠ : لا يدخل فى المقاصة إلا الديون المحررة والمستحقة الأداء . على أن المهلة الممنوحة من القاضى لا تحول دون المقاصة . وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبى الأداء فى مكان واحد . على أن الأحوال التى تحول دون الإيفاء تحول مبدئيا دون المقاصة .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٢ .

٥٣٣ — الشرط الاول — التقابل ما بين الدينين : يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان (réciprouques) ، أى أن يكون كل من طرفى المقاصة مديناً بشخصه للآخر وفى الوقت ذاته دائناً بشخصه له . فيتقابل الدينان ، وينقضيان بالمقاصة . فاذا كان (ا) قد أقرض (ب) ألفاً ، ثم اشترى منه سيارة بألف ، وقعت المقاصة بين مبلغ القرض وثمن السيارة .

ويترتب على ذلك أنه لا يكون هناك محل للمقاصة إذا كان أحد الطرفين مديناً للآخر بصفته الشخصية ودائناً له بصفته ولياً أو وصياً أو قيما أو وكيلا أو وارثاً ، أو كان الأمر على العكس من ذلك (١) . ولا تقع المقاصة بين دين الشركة فى ذمة أجنبي ودين لهذا الأجنبي فى ذمة أحد الشركاء ، إذ الأجنبي مدين للشركة ودائن لأحد الشركاء والشركة غير أحد الشركاء فيها (٢) . ولا تقع المقاصة بين دين للدائن فى ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن فى ذمة الدائن ، إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما فى ذمة المدين للدائن والآخر فى ذمة الدائن للكفيل لا للمدين (٣) . ولكن الكفيل يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى كفله ودين للمدين فى ذمة الدائن ، لأن مديونيته تابعة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تجوز المقاصة فى دين على الوصى شخصياً لمدين القاصر المشمول بوصايته ، ولا فى دين على القاصر لمدين الوصى عليه ، ولا فى دين مستحق على الدائن لموكل المدين أو لكفيله ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين ، ولا فيما لمدين تركة قبل أحد الورثة ، ولا فيما لأحد الورثة قبل أحد دائنى التركة (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٩ ص ١١٦٧ — انظر قريباً من هذا المعنى : نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٢٣) .

(٢) نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٩ ص ١١٦٧ — استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٥ — ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٥ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨١١ .

(٣) ولكن يجوز للكفيل إذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة فى دين له على الدائن ، إذ هو يفى بالدين المكفول عن طريق المقاصة ، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل ، وإذا رجع جاز للمدين أن يدفع رجوعه بالمقاصة التى تمسك بها الكفيل . وانما يرجع الكفيل على المدين ، بعد أن وفى دينه عن طريق المقاصة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨١٤) .

لمديونية المدين ، فاذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك (١) . ولا تقع المقاصة بين ثمن الأوراق المالية التى اشتراها شخص فى البورصة بواسطة الوكيل بالعمولة وبين دين للمشترى فى ذمة البائع لهذه الأوراق ، وذلك لأن الوكيل بالعمولة يتوسط بين البائع والمشترى ، فيكون هو الدائن بالثمن وليس البائع ، فلا يكونان الدينان متقابلين (٢) . ولا تجوز المقاصة فى دين على الوقف لمدين المستحق فيه ، ولا فى دين على المستحق فى الوقف لمدين الوقف (٣) .

ومتى وجد دينان متقابلان لشخصين كلاهما دائن للآخر ومدين له ،

---

(١) وقد نصت المادة ١٢٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى على هذه الأحكام صراحة إذ تقول : « يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن لمدين الأصلى ، ولكن لا يجوز للمدين الأصلى أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن للكفيل » . وهذا هو النص فى أصله الفرنسى :

Art. 1294 : La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

(٢) قارب استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ — على أنه قد قضى بوقوع المقاصة فى دين للوقف على دائن المستحق الوحيد فيه (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٤) .

ولا تجوز المقاصة بين دين للموكل ودين على الوكيل بقبض الدين الأول (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٥) . وإذا اشترط البائع على المشترى دفع الثمن للغير ، أصبح المشترى مديناً لهذا الغير بالثمن ، فلا يستطيع أن يقاص الثمن بدين له فى ذمة البائع (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . ولا مقاصة بين دين لدائن دين لأجنبى على هذا الدائن (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦)، ولكن يستطيع الأجنبى أن يقبل حوالة الدين الذى للدائن برضاء هذا الدائن ، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له ، فتقع المقاصة . ولا يستطيع الدائن الظاهر أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الظاهر الذى له على المدين ودين للمدين فى ذمته (دى باج ٣ فقرة ٦٣١) . وإذا لم يصبح المدين دائناً لدائنه إلا بعد أن حول دائنه الحق الذى له فى ذمة المدين، لم تجز المقاصة بين الدينين ، لأن المدين قد أصبح بالحوالة مديناً للمحال له ثم صار دائناً للدائن ، فلا تقابل بين الدينين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٧) . انظر أمثلة أخرى : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٥ .

وقعت المقاصة بين هذين الدينين (١) ، حتى لو كان أحد الطرفين أو كلاهما لم تتوافر فيه لا أهلية الوفاء ولا أهلية الاستيفاء (٢) . ذلك أن المقاصة واقعة مادية يرتب عليها القانون انقضاء الدينين . وليست تصرفاً قانونياً يتطلب أهلية معينة كما هو الأمر فى القوانين الجرمانية على ما قدمنا (٣) .

٥٣٤ — الشرط الثانى — التماثل فى المحل مابين الدينين : ويجب أن يكون محل كل من الدينين نقوداً أو أشياء مثلية من نوع واحد ومن درجة واحدة فى الجودة : وذلك حتى يتمكن كل من الطرفين أن يستوفى حقه عن طريق المقاصة من نفس الشىء الواجب الأداء . فاذا كان لشىء على آخر مائة جنيه ، وعليه له مائة جنيه ، فانه بذلك يستطيع أن يستوفى المائة التى له بالمائة التى عليه . ولما كان المحلان متماثلين ، فقد استوفى كل من الطرفين حقه

---

(١) على أنه يلاحظ أن المقاصة لا تقع ، حتى لو كان الدينان متقابلين ، إذا تعلق بأحد الدينين حق للغير أقوى من حق الطرف الآخر . وسنرى ذلك فى حالة الحجز التحفظى (م ٣٦٧ مدنى) وفى حالة قبول المدين لحوالة الحق (م ٣٦٨ مدنى) فيما يأتى . ونذكر هنا ، تطبيقاً للقاعدة السالفة الذكر ، أنه إذا بيع مال المدين فى المزاد وفاء لديونه ، فرسا المزاد على أحد الدائنين ، لم تقع المقاصة بين الدين الذى لهذا الدائن والثمن الذى عليه ، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين : فيجب أن يقسم بينهم قسمة الغرماء . وهذا ما لم يكن للدائن الراسى عليه المزاد رهن أو امتياز يجعله مقدماً على سائر الدائنين ، فتقع المقاصة عندئذ بين الدين الذى له والثمن الذى عليه ، إذ لم يتعلق بالثمن حق للدائنين أقوى من حقه ، بل حقه هو الأقوى : انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٣٨ — ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٠ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٣ — ١٠ يونيه سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٣٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٩٢ — ١٨ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٨ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٣٨ — ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦١ — ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٢ — ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٧ — ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٩٩ — وقارن بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٠ — بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٨ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢١ — لوران ١٨ فقرة ٣٨٢ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ — دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ .

من نفس الشيء الواجب الأداء. ومن ثم تقع المقاصة بين دينين محل كل منهما قطن من نوع الكرنك ومن مرتبة « جودفير » ، أو قمح هندى من صنف متوسط ، أو سيارات من ماركة بويك موديل سنة ١٩٥٧ ، وهكذا. وتصح المقاصة كذلك فى الأسهم والسندات وسائر الأوراق المالية ، إذا كانت متماثلة (١).

ولا تجوز المقاصة فى دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر قطن من نوع الأشمونى ، ولا فى دينين محل أحدهما قمح هندى ومحل الآخر قمح استرالى . ومن باب أولى لا تجوز المقاصة فى دينين محل أحدهما قطن ومحل الآخر قمح ، ولا فى دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قمح أو قطن ، ولو كان سعر هذه المثليات محدداً فى الأسواق أو فى البورصات (٢).

ولا تجوز المقاصة بداهة فى دينين محل كل منهما عمل أو امتناع عن عمل ، أو محل أحدهما عمل ومحل الآخر امتناع عن عمل من باب أولى ، وذلك مهما تشابهت الأعمال ، وحتى لو لم يكن من الضرورى أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذى التزم به . فلا بد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاماً بنقل الملكية (obligation de donner) (٣) .

ولا تجوز المقاصة فى دينين أحدهما بسيط والآخر تخييرى أو بدلى ، حتى لو كان أحد محلى الاختيار فى الالتزام التخييرى ، أو كان المحل الأصلى أو البدل فى الالتزام البدلى ، مماثلا فى النوع والجودة للمحل فى الدين البسيط . ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة هنا ، حرم فى الالتزام التخييرى صاحب الاختيار من حق اختياره ، أو حرم المدين فى الالتزام البدلى من أن يؤدى الأصل أو البدل (٤) .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٢) قارن الفقرة الثانية من المادة ١٢٩١ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٤) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٣ – فقرة ١٨٢٤ – أما إذا اختار صاحب الاختيار فى الالتزام التخييرى المحل الذى يؤديه ، أو اختار المدين فى الالتزام البدلى أن يؤدى الأصل أو أن يؤدى البدل ، وكان المحل الذى وقع عليه الاختيار مماثلا فى النوع والجودة للمحل فى الدين البسيط ، فإن المقاصة يمكن وقوعها حينئذ بين الدينين .

٥٣٥ — الشرط الثالث — صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء: ولا بد ، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء . فاذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير صالح للمطالبة به قضاء ، لم تجز المقاصة . فالالتزام الطبيعي لا يقبل المقاصة فى التزام مدنى ، بل ولا فى التزام طبيعي مثله ، لأن المقوم الرئيسى للالتزام الطبيعي هو أن المدين فيه لا يجبر على الوفاء ، والمقاصة وفاء إجبارى للمدين ، فتتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعي .

وإذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم ، فانه لا يصلح للمقاصة ، حتى قبل أن يتمسك المدين بالتقادم فيصبح التزاماً طبيعياً ، فان الدين الذى مضت عليه مدة التقادم لا يصلح للمطالبة به قضاء ، لأنه قابل للدفع بالتقادم (١). ولا يصلح الدين الذى مضت عليه مدة التقادم للمقاصة به فى دين آخر ، حتى

= هذا ولا يمنع المقاصة أن يكون أحد الدينين أو كلاهما مصحوباً بشرط جزائى ، فإن الشرط الجزائى لا يغير من محل الالتزام ، بل هو مجرد تقدير للتعويض عند عدم الوفاء (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٥) .

(١) ويمكن استخلاص هذا الحكم بطريق المفهوم العكسى من المادة ٣٦٦ مدنى ، إذ تنص على أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . فيفهم من هذا النص ، بطريق عكسى ، إنه لو تمت مدة التقادم فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة ، ولو قبل التمسك بالمقاصة ، فإن ذلك يمنع من التمسك بها . هذا إلى أن المقاصة وفاء إجبارى ، والدين الذى مضت عليه مدة التقادم لا يجبر المدين على الوفاء به ، إذ يمكنه أن يتمسك بسقوطه بالتقادم .

وقد اشترط التقنين المدنى المصرى فى الدين أن يكون « صالحاً للمطالبة به قضاء » ، فيدخل الدين الذى مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم على ما رأينا ، لأنه دين غير صالح للمطالبة به قضاء . أما فى التقنين المدنى الفرنسى فلم يرد هذا الشرط ، ويدمجه الفقه الفرنسى عادة فى شرط استحقاق الدين للأداء ، فالالتزام الطبيعي لا يصلح للمقاصة عند الفقه الفرنسى لأنه دين غير مستحق الأداء (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩) . ومن ثم وقع خلاف فى الدين الذى مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم ، هل يصلح للمقاصة أو لا يصلح . فن الفقهاء من يقول بصلاحيته (لاروميير ٥ م ١٢٩١ فقرة ٢٥ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٤٤ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩ — دى باج ٣ فقرة ٦٢٩) ، ومنهم من يقول بعدم صلاحيته (دلفنكور ٢ فقرة ٥٨١ — ديرانتون ١٢ فقرة ٤٠٨ — ماركاديه ٤ فقرة ٨٢٦) .

لو كان هذا الدين الآخر هو نفسه قد مضت عليه مدة التقادم . بل الذى يقع فى مثل هذه الحالة أن كل مدين يتمسك بسقوط دينه بالتقادم ، فيسقط الدينان معاً ، ولكنهما يسقطان بالتقادم لا بالمقاصة . وما تخلف عن كل منهما من التزام طبيعى لا يصلح للمقاصة فى الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام الآخر ، لما سبق أن قدمناه من أن الالتزام الطبيعى لا يقاص فى التزام طبيعى مثله .

وقد وضح السبب الذى من أجله يشترط فى الدين ، ليكون صالحاً للمقاصة ، أن يكون صالحاً للمطالبة به قضاء . فالمقاصة وفاء إجبارى كما قدمنا ، والدين الذى لا يصلح للمطالبة به قضاء لا يجوز إجبار المدين على الوفاء به ، فتتعارض طبيعته مع طبيعة المقاصة .

ولا يستخلص من هذا الشرط أنه إذا كان هناك دين أقوى من دين آخر ، لم تجز المقاصة بين هذين الدينين ، إذا كان المقصود بالدين الأقوى أن يكون أكثر توثيقاً أو أبعد مدى ونفاذاً من ناحية الواقع لا من ناحية الطبيعة القانونية . فالمقاصة تقع بين دينين أحدهما أقوى من الآخر بهذا المعنى ، ما دام الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء . فيقاص الدين المكفول بتأمينات فى دين لا تأمين له ، والدين الذى ينتج فائدة فى دين لا ينتجها ، والدين المشمول بسند قابل للتنفيذ كحكم أو ورقة رسمية فى دين غير مشمول بهذا السند (١) . أما إذا كان التفاوت فى القوة راجعاً إلى الطبيعة القانونية للدين ، كما رأينا فى الدين الطبيعى والدين المدنى ، وكما سنرى فى الحق القابل للحجز والحق غير القابل له ، فإن المقاصة تصبح غير ممكنة .

---

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦ — وتصح المقاصة فى دين قابل للإبطال أو قابل للفسخ — مادام لم يبطل أو يفسخ — ولو فى دين غير قابل لذلك ، ولا يرجع التفاوت فى القوة هنا إلى طبيعة الدين . فإذا ما أبطل الدين أو فسخ ، انتقضت المقاصة واعتبرت كأنها لم تكن (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ — وانظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٨ وفقرة ١٨٤٠) .

٥٣٦ — الشرط الرابع — خلو الدينين من النزاع : ويجب، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع (liquide) . والمراد بخلو الدين من النزاع أمران : (أولا) أن يكون هذا الدين محققاً لا شك فى ثبوته فى ذمة المدين . (ثانياً) أن يكون الدين معلوم المقدار .

ولا بد من اجتماع هذين الأمرين فى كل من الدينين (١) ، لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى، ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار (٢) .

ا — والدين لا يكون خالياً من النزاع إذا قامت فيه من المدين منازعة جدية. وقاضي الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت المنازعة تعتبر جدية قائمة على أساس ليكون الدين متنازعاً فيه ، أو هى مماحكة من المدين يريد بها وقف إجراء المقاصة وتقاضى الدين الذى له قبل الوفاء بالدين الذى عليه بزعم أن هذا الدين متنازع فيه(٣). وليس من الضرورى، حتى يكون الدين متنازعاً فيه أن ترفع به

---

(١) نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ — استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ — ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤ — استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٦ — ١٦ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٢ .

(٢) وفى القوانين الجرمانية لا يشترط لإمكان وقوع المقاصة خلو الدين من النزاع ، لأن المعتبر فى المقاصة فى هذه القوانين هو معنى التأمين أكثر من معنى الوفاء ، ومعنى التأمين يبقى قائماً حتى لو كان الدين غير خال من النزاع . ويذكر سالى فى هذا الصدد أن الوفاء الفعلى بدين غير خال من النزاع هو الذى يكون غير مأمون العاقبة ، فقد لا يكون الدين موجوداً ثم يتعذر على المدين استرداده من الدائن . أما الوفاء بدين متنازع فيه عن طريق المقاصة فليس فيه أى حرج ، وإذا تبين أن الدين غير موجود فليس فى ذلك ضير على أحد ، إذ أن شيئاً لم يدفع فيخشى من تعذر استرداده (سالى : بحث فى النظرية العامة للالتزام فى مشروع التقنين المدنى الألمانى فقرة ٦٥ — وانظر رداً على ما يقوله سالى فى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣١ ص ١٦٩) .

(٣) ولا يعتبر الدين متنازعاً فيه حتى لو لم يقدم الدائن الدليل عليه فى الحال ، ما دام يستطيع أن يقدم هذا الدليل فى وقت مناسب دون طويل إبطاء (لارومبيير ٥ م ١٢٩١ فقرة ١٥ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٥١٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٧٠ — ص ١٧١) . ولا يعتد بالتنازع إذا كان الأمر لا علاقة له بالمقاصة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٩٣ ص ٩٩٨) .

دعوى أمام القضاء . بل يكفى أن تقوم فى شأنه منازعة جدية ولو خارج القضاء .

وكل دين غير محقق الوجود يكون فى حكم الدين المتنازع فيه ، إذ يجمع بين الاثنين معنى الشك فى وجود الدين . فالدين المعلق على شرط واقف هو دين غير محقق الوجود ، فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، ولو كان هذا الدين الآخر هو أيضاً معلق على شرط واقف . ذلك أن أحد الدينين أو كليهما قد يوجد وقد لا يوجد ، والمقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى كما قدمنا ، ولا جبر فى وفاء دين معلق على شرط واقف قبل أن يتحقق الشرط[1] . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين محقق الوجود وإن لم يكن محقق البقاء ، فتقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، فاذا ما تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصة وعاد الدين المقابل إلى الوجود بأثر رجعى[2] .

ب — ولا يكفى أن يكون الدين محقق الوجود ، بل يجب أيضاً أن يكون معلوم المقدار . فالدين الذى لا يكون معلوم المقدار لا يصلح للمقاصة ، ومن ثم لا يجوز للمضرور فى عمل غير مشروع أن يقاص حقه فى التعويض قبل تقديره فى دين عليه للمسئول[3] . ولا يعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيين مقداره يتوقف على تسوية معقدة[4] ، أو على تقدير خبير ،

= وإذا صدر حكم بالدين وكان الحكم غير نهائى ، بقى الدين متنازعاً فيه . فإذا أصبح الحكم نهائياً ، صار الدين خالياً من النزاع . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين الثابت بمقتضى حكم نهائى يكون خالياً من النزاع (١١ أكتوبر سنة ١٨٨٧ الحقوق ٢ ص ٣١٧) . وقضت محكمة سوهاج بأنه لا تجوز مقاصة دين بحكم نهائى فى دين بحكم ابتدائى ، لاحتمال إلغاء الحكم الابتدائى أو تعديله (١٨ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٠٠) .

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٦٩ — استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٣٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢٥ فى الهامش .

(٣) ولكن إذا كان المسئول نفسه هو الذى يتمسك بالمقاصة ، فليس للمضرور أن يتمسك بعدم وقوعها بسبب عدم تقدير حقه (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٣) . ولكن المقاصة هنا تكون اختيارية أو قضائية ، ولا تكون مقاصة قانونية .

(٤) كما يقع أحياناً فى تصفية شركة أو تصفية تركة أو تصفية حسابات الأوصياء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩١ وهامش رقم ٣) .

ولايصبح معلوم المقدار إلا بعد إجراء التسوية أو بعد الحكم فى تقدير الخبير(١) .

---

(١) وقضت محكمة استئناف مصر بأن المقاصة القانونية لا تكون إلا حيث يخلو المبلغان المتقاص بهما من كل نزاع يتعلق بأصلهما وتصفيتهما (٢٢ يونيه سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٩٦ ص ١٥) . فلا يمكن عمل المقاصة بين دين ثابت بكمبيالة واجبة الدفع عند الطلب وبين ثمن أقطان مدعى بتوريدها إذا كانت قيمتها متنازعاً منها (استئناف ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٢ ص ٧٢) ، ولا المصروفات القضائية إذا كانت غير مقررة (عابدين ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٢٧٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدين غير الخالى من النزاع لا تجوز فيه المقاصة (٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨) ، فلا تجوز مقاصة أجرة ثابتة فى دين متنازع فيه (١٣ نوفبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦)، ولا دين ثابت فى دين لا يزال فى حاجة إلى حكم لتصفيته (٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٢) ، ولا أجرة ثابتة فى تعويض لم يقدر عن عجز مدعى فى الأرض المؤجرة (٢٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦٧) ، ولا دين ثابت فى دين لا يزال أمام القضاء (٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٨٠ — ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٤ — ٢٢ نوفبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢١) ، ولا دين ثابت فى تعويض لم يقدر بعد ، ومن باب أولى فى دينين متقابلين لا يزالان أمام القضاء (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٣) ، ولا دين ثابت بعقد صلح فى دين لم يصدر به حكم نهائى (١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤) ، ولا أجرة ثابتة فى تعويض عن أعمال أجراها المستأجر لم تقدر بعد (٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٤) ، ولا دين ثابت بسند فى تعويض لم يقدر (٩ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠) ، ولا دين معترف به فى دين لم يقطع فيه الحساب (٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ٥ ص ١٣٢) ، ولا دين ثابت بكمبيالة فى دين صدر به حكم غيابى (٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٨) ، ولا دين معترف به فى دين لايزال فى حاجة إلى إثبات (٤ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٣٣)، ولا أجرة ثابتة فى تعويض لم يقدر (٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥١) ، ولا دين ثابت فى أسهم متنازع فيها وغير معلومة المقدار (١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٤) ولا دين ثابت فى دين احتمالى (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١)، ولا دين ثابت فى دين محول متنازع فيه (٢٢ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٧) ، ولا تجوز المقاصة فى دين غير مقدر (٢٣ نوفبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥) ، أو تعويض غير مقدر (٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠) ، أو دين يحتاج فى تقديره إلى خبير (١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ — ١١ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٥) أو بوجه عام دين متنازع فيه (١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٥ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٠ — ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٥ — ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١ — ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ — ١٤ ابريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٨ — ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨ — ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٧ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤١ — ٢١ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٤ — ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ — ٤ نوفبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١ — ٢٥ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٧ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢١ — ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٥) .

ولكن إذا كان تعيين مقدار الدين إنما يتوقف على عملية عناصرها ثابتة لا خلاف فيها ، وهى بعد سهلة الأجراء ، كأجرة عيادة الأطباء وكحساب جار محدد العناصر ولا ينقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة ، فان الدين يعتبر معلوم المقدار وتصح فيه المقاصة(١) .

وإذا كان تعيين مقدار الدين يتوقف على مسألة موضوعية ، كان التعيين أمر واقع يترك لتقدير قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمقاصة أجرة ثابتة فى محصول ورده المستأجر للمؤجر بكميات محددة وبمخالصات من المؤجر (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦) .

وقد يكون الدين بعضه ثابت وبعضه متنازع فيه أو غير معلوم المقدار ، فيجوز للقاضى أن يحكم بالمقاصة فى الجزء الثابت ، ويستبقى الجزء الآخر حتى يتم تقديره . ويجوز للقاضى كذلك فى الدين المتنازع فيه أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى ما يعتبره القاضى ثابتاً فى ذمة المدين ، ويقضى بالمقاصة فى هذا المقدار مقاصة قانونية لا مقاصة قضائية ، إذا لم ير ضرورة للانتظار حتى يفصل فى الدين كله (انظر فى هـذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة أولا ص ١٧٣) . وكان المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً يقرر هذا المبدأ ، هو المادة ٥٠٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدين الذى طلبت المقاصة فيه غير خال من النزاع ، وكان الفصل فيه ميسوراً ، جاز للقاضى أن يجرى المقاصة فيما ثبت له وجوده من هذا الدين » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة ، كما أقرها مجلس النواب ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفتها « لأنها تتناول نقطة تفصيلية يحسن تركها للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذه المادة ما يأتى : « فيراعى من ناحية أنه (المشروع) أجاز المقاصة ولو كان دين المدين متنازعاً ، وجعل للقاضى أن يجريها فيما ثبت له وجوده من هذا الدين . ولا يعتبر هـذا الإجراء صورة من صور المقاصة القضائية ، لأن أثر القصاص فى هذه الحالة ينسحب إلى وقت تلاقى الدينين ولا يترتب من وقت صدور الحكم فحسب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤) .

وهناك طريقة يستطيع من كان له دين متنازع فيه أن يلجأ إليها إلى أن يفصل فى النزاع ، فتقع المقاصة . وذلك أن يوقع حجزاً تحت يد نفسه بالدين الذى له وهو الدين المتنازع فيه على الدين الذى فى ذمته لمدينه والذى يرمى إلى إجراء المقاصة فيه . ويجوز الحجز هنا بدين متنازع فيه على أن يقدر القاضى الدين تقديراً مؤقتاً . فإذا فصل فى مقدار الدين فى دعوى تثبيت الحجز ، أصبح الدين خالياً من النزاع ، ووقعت المقاصة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حجز المدين تحت يد نفسه بدين له على الدائن ، فبمجرد تثبيت الحجز تقع المقاصة بين الدينين (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٠) .

أما إذا كان تعيين المقدار يتوقف على مسألة قانونية كمقدار نصيب الوارث في التركة، فان التعيين يكون من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض(١) .

٥٣٧ — **الشرط الخامس — استحقاق الدينين للأداء** : ويجب ، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء ، لأن المقاصة وفاء إجباري كما قدمنا ، ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين .

والدين لا يكون مستحق الأداء إذا كان مضافاً إلى أجل واقف . فلا تجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال ، ولا بين دينين كلاهما مؤجل ، إذ يكون المدين قد أجبر بذلك على الوفاء قبل حلول الأجل(٢) . على أن نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين ، وهي أجل، لا تمنع من المقاصة كما قدمنا . إذ أن القاضي قد منحها للمدين نظراً له ، على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه

---

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ مكررة ثانياً .

(٢) وقد يكون للمدين الحق في حبس الدين المستحق الأداء ، فيكون الحبس بمثابة الأجل ، ولا يكون الدين في هذه الحالة مستحق الأداء ، فلا يصلح للمقاصة . فإذا اشترى الدائن من مدينه عقاراً مرهوناً لغيره ، كان من حقه أن يحبس الثمن ليوفي حق الدائن المرتهن . فلا يستطيع البائع للعقار أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الثمن والدين الذي عليه للمشتري . ولكن المشتري يستطيع أن ينزل عن حقه في حبس الثمن ، وأن يتمسك هو بالمقاصة بين الثمن والدين الذي في ذمة البائع ، فإذا ما رجع الدائن المرتهن على العقار المرهون واستوفى حقه منه ، رجع المشتري على البائع بالضمان . والقضاء الفرنسي يمنع ، في هذه الحالة ، التمسك بالمقاصة ، سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري ، بدعوى أن أحد الدينين ، وهو الثمن ، قد ترتب عليه حق للغير ، وهو الدائن المرتهن . وقد طبقنا هذا المبدأ الذي يقول به القضاء الفرنسي في حالة ما إذا بيع مال المدين في المزاد وفاء لديونه ، فرسا المزاد على أحد الدائنين ، فلا تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والثمن الذي عليه ، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين ، فيجب أن يقسم بينهم قسمة الغرماء (انظر آنفاً فقرة ٥٣٣ في الهامش) . ولكن المزاد الجبري في هذه الحالة الأخيرة قد طهر العقار من الرهون إن كان مرهوناً ، وهو على كل حال جعل حقوق الدائنين تتعلق بالثمن الذي رسا به المزاد ، فلم يعد الثمن بعد أن تعلقت به حقوق الغير صالحاً للمقاصة ، أما في بيع العقار المرهون بيعاً اختيارياً ، فإن حق الدائن المرتهن لم يتعلق بالثمن ، بل هو لا يزال متعلقاً بالعقار المرهون (انظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ مكررة ثالثاً — لوران ١٨ فقرة ٤٢ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٤٨ — وقارن ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٣٥ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ هامش رقم ٣ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٩) .

فوراً ، فاذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق المقاصة ، أى عن طريق الوفاء بحق له استجد فى ذمة دائنه ، فلا وجه لانتظار إنقضاء الأجل الذى يمنحه القاضى ، بل تقع المقاصة قبل انقضاء هذا الأجل . ومثل نظرة الميسرة الأجل الذى تبرع به الدائن ، فهو أيضاً لا يمنع من وقوع المقاصة ولو قبل انقضائه ، لنفس الأسباب التى قدمناها فى نظرة الميسرة . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن » .

فاذا كان الدين مضافاً إلى أجل ، فانه لا يصلح للمقاصة كما قدمنا ، ولا بد من حلول الأجل حتى يصبح صالحاً(١) . ويحل الأجل بانقضاء مدته ، أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه . فاذا انقضت مدة الأجل ، أو نزل عنه من له مصلحة فيه من الطرفين (٢) ، فقد أصبح الدين صالحاً للمقاصة (٣) .

ويحل الأجل أيضاً بسقوطه . ويسقط بشهر إفلاس المدين أو شهر إعساره ، وكذلك إذا ضعفت التأمينات إلى حد كبير أو لم يقدم المدين للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات (م ٢٧٣ مدنى) . فاذا سقط الأجل للسببين الأخيرين — ضعف التأمينات أو عدم تقديم التأمين الموعود به — فقد حل الدين وأصبح صالحاً للمقاصة . أما إذا سقط الأجل بسبب إفلاس المدين أو إعساره ، فان الدين يحل أيضاً ، ولكنه لا يكون صالحاً للمقاصة . وذلك أن المدين بعد

---

(١) ولا يعتبر الرصيد فى الحساب الجارى قد حل قبل قطع الحساب ، ومن ثم لا تجوز مقاصة رصيد حساب جار لم يقطع فى دين آخر (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٧ .

(٣) فاذا كان على المستأجر أجرة لم تحل ، استطاع أن ينزل عن الأجل وهو فى مصلحته ، وأن يتمسك بالمقاصة بين دين الأجرة الذى لم يحل ودين له فى ذمة المؤجر . ولكن إذا كان المؤجر قد حول الأجرة قبل حلولها إلى محال له ، وذلك قبل أن ينزل المستأجر عن الأجل ويتمسك بالمقاصة ، فإن المقاصة بعد ذلك لا تقع ، وعلى المستأجر أن يدفع الأجرة إلى المحال له ويتقاضى من المؤجر الدين الذى فى ذمته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٥) .

وقد يحل الأجل قبل انقضائه بناء على اتفاق سابق ، كما إذا اشترط الدائن على المدين أن تحل جميع الأقساط إذا تأخر المدين فى دفع قسط منها . فإذا حلت على هذا الوجه ، أمكن الدائن أن يقاص بها ديناً فى ذمته للمدين (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠) .

شهر إفلاسه أو إعساره يمتنع عليه الوفاء بديونه ، والمقاصة ضرب من الوفاء ، فلا تقع بعد الإفلاس أو الإعسار(١) .

٥٣٨ — الشرط السادس — قابلية كل من الدينين للحجز :

تقرر المادة ٣٦٤ مدنى أن المقاصة لاتقع « إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » . فلا بد إذن ، وقوع المقاصة ، من أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز ، لأن المقاصة وفاء إجبارى ، والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبه على رفاء دينه به لعدم قابليته للحجز .

فاذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير قابل للحجز ، لم تقع المقاصة . مثل ذلك أن يكون للمدين دين نفقة فى ذمة دائنه ، فلا يستطيع الدائن أن يمتنع عن دفع دين النفقة لمدينه بدعوى المقاصة بين هذا الدين والدين الذى له فى ذمة المدين . ذلك أنه لايستطيع أن يستوفى حقه من دين النفقة ، وهو دين غير قابل للحجز . كذلك لاتمكن المقاصة بين المرتبات بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل . كما إذا كان صاحب العمل دائناً للعامل بما قدمه له من مأكول ولباس وسكنى ونحو ذلك ، فلا يستطيع صاحب العمل أن يمتنع عن دفع القدر غير القابل للحجز من أجرة العامل بدعوى المقاصة بين هذه الأجرة وتلك الديون(٢) .

---

(١) ولا يكون الدين صالحاً للمقاصة بعد إيداع التاجر دفاتره للحصول على صلح واق (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦) . ولكن إذا كان الدينان المتقابلان كلا لا يقبل التجزئة ، كما فى الحساب الجارى وفى حساب الوصى وفى الحساب ما بين الوكيل والموكل وفى أى حساب آخر ما بين شخصين ، فإن المقاصة تقع حتى بعد إفلاس أحد المدينين : استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٨ — ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٣ . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الدينان لها مصدر واحد كعقد ملزم للجانبين : استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣ . وهذا المبدأ هو الذى يسير عليه القضاء الفرنسى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ — فقرة ١٢٨٧ مكررة) .

وفى القانون الفرنسى إذا كان الإفلاس يحول دون المقاصة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٦) ، فإن الإعسار لا يحول (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٧) لأنه لم ينظم كما نظم فى التقنين المصرى الجديد .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٩ مكررة — ولا تجوز المقاصة بين حق رب العمل فى ذمة العامل وحق العامل فى التعويض عن إصابات العمل ، لأن قانون إصابات العمل قد —

§ ٢ — ما لا يدخل فى الشروط

٥٣٩ — وحدة المصدر بين الدينين ليست بشرط : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ مدنى تقرر إمكان المقاصة « ولو اختلف سبب الدينين ». والمقصود بسبب الدين هو مصدره . فتجوز إذن المقاصة بين دين مصدره عقد ودين مصدره عمل غير مشروع ، كما تجوز المقاصة بين دين مصدره عمل غير مشروع ودين مصدره إثراء بلا سبب ، أو دين مصدره نص فى القانون ودين مصدره عمل غير مشروع ، وهكذا ، كل ذلك إذا توافرت شروط المقاصة على الوجه الذى بيناه .

فالقاعدة العامة أن كل دين توافرت فيه شروط المقاصة تجوز المقاصة فيه ، أياً كان مصدره ، كما أسلفنا القول . إلا أن هناك ديوناً تنشأ من مصادر معينة لا تجوز المقاصة فيها ، وسنتناولها بالبحث فى المطلب التالى .

٥٤٠ — وحدة مكان الوفاء بين الدينين ليست بشرط — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ، ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٩٤/٢٥٨ (٢) .

= نص فى المادة ٨/٢ على عدم جواز الحجز على المبالغ المستحقة تعويضاً للعامل المصاب (الأستاذ حلمى مراد ٢ ص ٥٤٣ وما بعدها – الأستاذ عبد الحي حجازى ٣ ص ١٠٨ – ص ١٠٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧١ – ص ٢٧٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ١٩٤/٢٥٨ : . . . . ويشترط أن يكونا واجبى الأداء فى محل واحد .

(ونرى من ذلك أن التقنين المدنى السابق يشترط وحدة مكان الوفاء فى الدينين ، علاها التقنين =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦١ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٥٠ – ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى – ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٣٣٠ (١) .

ويخلص من هذا النص أنه لا ضرورة ، لوقوع المقاصة ، أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الوفاء فى مكان واحد (٢). فاذا فرض أن شخصاً دائن لآخر

= المدنى الجديد فقد ألغى هذا الشرط صراحة – ومع ذلك قارن الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٩ ووالتون ٢ ص ٥٢١ – ص ٥٢٢ ، وانظر آنفاً فقرة ٥٣٢ فى الهامش – وإذا سلمنا أن وحدة مكان الوفاء كانت شرطاً فى التقنين السابق ، فإن العبرة فى تطبيق أحكام التقنين الجديد تكون بالوقت الذى تم فيه المقاصة ، أى بالوقت الذى يتلاقى فيه الدينان المتقابلان متوافرة فيهما شروط المقاصة . فإن كان هذا الوقت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وجب تطبيق أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد فلا تشترط وحدة المكان . على أنه يلاحظ أن وحدة المكان إذا لم تكن متوافرة قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر الدينان متقابلين بعد هذا التاريخ مع تخلف هذا الشرط ، كان التقنين الجديد هو الذى يسرى ، فلا تشترط وحدة المكان وتقع المقاصة بالرغم من تخلف هذا الشرط . ولكنها لا تقع إلا فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت سريان التقنين الجديد ، ولا تقع قبل ذلك عند تلاقى الدينين حيث كان التقنين القديم هو الذى يسرى) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٦١ (مطابقة للمادة ٣٦٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٥٠ (مطابقة للمادة ٣٦٣ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل فيه للنص . ولكنه لم يذكر اتحاد مكان الوفاء ضمن شروط المقاصة ، فيستخلص من ذلك أنه ليس بشرط ، ويتفق التقنين العراقى مع التقنين المصرى إذن فى هذا الحكم) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٣٣٠ : وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبى الأداء فى مكان واحد .

(وحكم التقنين اللبنانى يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

(٢) انظر فى هذا المعنى المادة ١٢٩٦ من التقنين المدنى الفرنسى ، وتجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدينان غير واجبى الوفاء فى مكان واحد ، لم يجز التمسك بالمقاصة إلا بعد حساب مصروفات النقل » . وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1296 : Lorsque les dettes ne sont pas payables au méme lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

وانظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١/٣٩١ من التقنين المدنى الألمانى والتعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٣٩١ فقرة ٢ – فقرة ٣ .

بألف واجب الدفع فى القاهرة ، والآخر دائن للأول بألف واجب الدفع فى باريس ، وقد توافرت شروط المقاصة فى الدينين ، وتمسك الأول بالمقاصة ، لم يحل اختلاف مكان الوفاء دون وقوعها . غير أن الدائن الآخر الذى كان يجب أن يستوفى حقه فى باريس قد حرم من جراء المقاصة ، أن يكون عنده الألف فى هذه المدينة ذاتها . فيستطيع ، بالرغم من وقوع المقاصة ، أن يرجع على الأول بمصروفات نقل هذا المبلغ من القاهرة إلى باريس . وإذا فرض أن الآخر هو الذى تمسك بالمقاصة ، وهو مدين بألف فى القاهرة ودائن بألف فى باريس ، جاز للأول أن يرجع عليه بمصروفات نقل الألف من باريس إلى القاهرة (١).

المطلب الثانى

الديون التى لا تقع فيها المقاصة

٥٤١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية : »

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويراعى من جهة أخرى أنه (أى التقنين الجديد) أجازها (أى المقاصة) كذلك ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين . بيد أنه يتعين على من يتمسك بالمقاصة فى هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه ، من جراء هذه المقاصة ، من استيفاء ماله من حق ، أو للوفاء بما عليه من دين ، فى المكان الذى حدد لذلك . فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء فى القاهرة ، وأن الدين الآخر واجب الوفاء فى باريس ، وأن الدائن الذى اشترط الوفاء فى باريس قد تحمل خسارة من جراء عدم استيفائه لحقه فى هذه المدينة بسبب المقاصة ، كان لهذا الدائن أن يرجع بنفقات نقل المبلغ إذا كان قد ألجىء إلى ذلك : انظر المادة ١٢٩٦ من التقنين الفرنسى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ — ص ٢٧٥) .

ويذهب بودرى وبارد إلى أنه كان من الممكن ، من الناحية التشريعية ، عدم اشتراط استحقاق الدينين للأداء ، كما لم تشترط وحدة مكان الوفاء . وإذا كان اختلاف مكان الوفاء أمكنت مواجهته من طريق حساب نفقات النقل ، فقد كان من الممكن كذلك مواجهة اختلاف زمان الوفاء عن طريق استنزال ما يقابل الوقت الباقى للاستحقاق من الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٩ ص ١٨٧) .

« (أ) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه ، وكان مطلوباً رده » .

« (ب) إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال ، وكان مطلوباً رده » .

« (ج) إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٩٥/٢٥٩ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٢ — وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٣٥١ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٤١٠ — ٤١٢ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٣١ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة تقضى بعدم جواز وقوع المقاصة أيضاً « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » نظراً لأن « البنوك فى معاملاتها مع الأفراد تتمسك فى عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة ، وفى هذا ضرر بليغ بهؤلاء الأفراد ، ويجب أن يضمن مشروع هذا القانون نصا يمنع النزول مقدماً عن التمسك بالمقاصة » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٣ وص ٢٧٥ — ص ٢٧٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ١٩٥/٢٥٩ : لا محل للمقاصة إذا كان أحد الدينين غير جائز الحجز عليه ، أو عبارة عن مبلغ مودع أو أشياء مودعة يمكن قيام بعضها مقام بعض .

(ولم يورد التقنين المدنى السابق ، بين الديون التى لا تقع المقاصة فيها ، الشيء المنزوع دون حق من يد مالكه والشيء المعار . ففيما يتعلق بهذين تكون العبرة بوقت تلاقى الدينين ، فإن كان سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق فتقع المقاصة ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد فلا تقع) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٦٢ (مطابقة للمادة ٣٦٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبي : م ٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٦٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤١٠ : إذا كان الوديع دين على صاحب الوديعة ، والدين والوديعة من جنس واحد ، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها ، فلا تصير —

والنص يمنع المقاصة فى ديون ينظر فى بعضها إلى مصادرها ، وينظر فى بعض آخر إلى طبيعة الدين وهى عدم القابلية للحجز . وقد فصلنا هذه الحالة عن بقية الحالات ، وألحقناها بما يجب أن يتوافر من الشروط لإمكان وقوع المقاصة فيما قدمناه . فلم تبق إلا الحالتان اللتان فيهما ينظر القانون إلى مصدر الدين . فتارة يراه اعتداء من المدين لا يصح تشجيعه فيمنع المقاصة ، وهذه هى حالة نزع الشىء دون حق من يد مالكه . وطوراً يراه إخلالا بواجب الأمانة والثقة اللتين وضعهما الدائن فى المدين بحيث يكون إمكان المقاصة متعارضاً مع هذا الواجب ، وهذه هى حالة ما إذا كان مصدر الدين وديعة أو عارية استعمال(٦). فنتكلم فى هاتين الحالتين(٧) .

٥٤٢ — أحد الدينين شىء نزع دونه حق من يد مالكه: والصورة العملية لهذه الحالة أن يكون للدائن دين محله نقود أو مثليات كقطن أو قمح ،

= الوديعة أو العين المغصوبة قصاصاً بالدين ، إلا إذا تقاص الطرفان بالتراضى .

م ٤١١ : إذا أتلف الدائن عيناً من مال المدين ، وكانت من جنس الدين ، سقطت قصاصاً ، وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراضيهما .

م ٤١٢ : إذا كان الكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما . وإن كانت من غير جنس الدين المكفول به ، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضى الدائن المكفول له مع الكفيل لامع المدين .

(والتقنين العراقى يورد حالتى الغصب والوديعة ، ويغفل حالة العارية . وأما التعويض عن التلف ، فقد أجرى عليه حكم القواعد العامة . وخالف التقنين المصرى فى المقاصة القانونية التى تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٣١ : تجرى المقاصة أية كانت أسباب أحد الدينين ، فيما خلا الأحوال الآتية : ١ – عند المطالبة برد شىء نزع بلا حق من يد مالكه . – ٢ عند المطالبة برد وديعة أو عارية استعمال . ٣ – إذا كان هناك دين غير قابل للحجز . ٤ – إذا عدل المديون مقدما عن المقاصة .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى يجيز للنزول مقدماً عن المقاصة كما كان يفعل المشروع التمهيدى للتقنين المصرى) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ .

(٢) أما التقنين المدنى الألمانى فلم يورد إلا حالة واحدة لا تجوز فيها المقاصة ، هى أن يكون مصدر الدين عملا غير مشروع ارتكب عمداً ، فلا يجوز للمدين فى هذا العمل أن يقاص دينه هذا بدين له فى ذمة المضرور : انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٣٩٣ .

ويمتنع المدين عن وفاء دينه في ميعاد استحقاقه ، فيعمد الدائن ، بدلا من أن يقاضي المدين ويطالبه بحقه ، إلى أن ينتزع منه ما يماثل دينه من النقود أو المثليات ، قاصداً بذلك أن يستوفي حقه بيده . ولا شك في أن انتزاع الشيء عنوة من يد المدين دون رضائه لا يعتبر وفاء (١) ، ويصبح الدائن مديناً ، بموجب العمل غير المشروع ، برد النقود أو المثليات التي انتزعها . ولما كانت هذه معادلة لدينه ، فقد كانت القواعد العامة تقضي بأن تقع فيها المقاصة مع الدين الذي له في ذمة المدين(٢) . ولكن القانون منع المقاصة هنا ، إمعاناً منه في الضرب على أيدي الدائنين الذين ينتزعون حقوقهم بأيديهم من مدينيهم وكان الواجب عليهم أن يلجأوا إلى القضاء .

وانتزاع الدائن الشيء دون حق من يد المالك يتم بطرق مختلفة . فقد يكون بطريق السرقة خفية ، أو بطريق النصب ، أو بطريق خيانة الأمانة ، وهذه كلها جرائم معاقب عليها . وقد يتم لا بطريق جريمة معاقب عليها ، ولكن بطريق عمل غير مشروع يرتب الالتزام بالرد ، وذلك بأن يغتصب الدائن من مدينه الشيء ، لا خفية ولا نصباً ولا تبديداً ، ولكن عنوة . وقد يجبره

---

(١) وقد ورد في المادة ٣٩١ من التقنين المدني العراقي : « رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وهو على صفته ، فله الاحتفاظ به » . وقد اعتبر القانون هنا ظفر الدائن عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وفاء ، لأن الدائن لم يستول عليه عنوة ولم ينتزعه اغتصاباً ، بل ظفر به عرضاً .

(٢) ويذهب بودرى وبارد إلى أن القواعد العامة لا تقضي في هذه الحالة بوقوع المقاصة ، إلا إذا انتزع الدائن من مدينه نقوداً استهلكت أو اختلطت بمال الدائن فأصبحت ديناً في ذمته ، أما إذا انتزع نقوداً لم تستهلك ولم تختلط بماله فاحتفظت بذاتيتها ، أو انتزع مثليات ، فقد تعينت وأصبحت بانتزاعها عيناً معينة بالذات ، فتمتنع المقاصة بموجب القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص ، لأن العين المعينة بالذات لا تمكن المقاصة فيها . وإذا استهلك الدائن المثليات غير النقود التي انتزعها من مدينه ، فإنه لا يستطيع أيضاً أن يتمسك ، في التعويض الذي يترتب في ذمته ، بالمقاصة ، لأن التعويض يكون في هذه الحالة ديناً غير معلوم المقدار ، فتمتنع المقاصة طبقاً للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٤ — وانظر أيضاً : ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٨٨ و ٥٩٠ — لوران ١٨ فقرة ٤٤٥ — هيك ٨ فقرة ١٥٩) .

وهو يغتصب الشيء أنه إنما يستوفى به حقه ، ذلك أن الاستيفاء لا يكون عن طريق الغصب (١) .

٥٤٣ – أحد الدينين شيء مودع أو معار عارية استعمال : وهذه حالة نادرة الحصول فى العمل ، نقلها التقنين المدنى الفرنسى عن دوما وبوتييه فى القانون الفرنسى القديم (٢) ، ثم نقلها عن التقنين المدنى الفرنسى التقنين المدنى المصرى (٣) .

وصورة الوديعة ، كما يمكن أن تقع فى العمل ، هى أن يودع المدين عند دائنه نقوداً لا يأذن له فى استعمالها (م ٧٢٦ مدنى) وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) ويكون دين الدائن فى ذمة مدينه نقوداً أيضاً ، فتتوافر شروط المقاصة بين هذا الدين والدين الذى فى ذمة الدائن لمدينه من رد الوديعة . فلا يجوز للدائن ، بالرغم من توافر شروط المقاصة ، أن يتمسك بها فيمتنع عن رد الوديعة . ذلك أن المدين قد ائتمنه على وديعته ووضع ثقته فيه ، فلا يجوز الإخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة (٤) . وإنما يجب على الدائن أن يرد الوديعة للمدين، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذى فى ذمته (٥) . ويمكن أيضاً أن تتحقق صورة الوديعة ، حتى لو كانت وديعة كاملة، فى الفرض الآتى : يودع المدين عند دائنه عيناً معينة بالذات ، فتهلك بتقصير من الدائن ، فيكون الدائن مديناً بالتعويض لمدينه ، ويقدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء . فهذا الفرض يتسع له النص إذ يقول : « إذا كان أحد الشيئين شيئاً مودعاً .

---

(١) لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٨٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٤٤ – بردرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٣ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٦ – ص ١٩٧ .

(٣) وكان التقنين المدنى السابق ، كما رأينا ، قد اقتصر فى نقلها على الوديعة دون العارية . والوديعة وحدها هى التى تكلم فيها بوتييه ، ودوما هو الذى تكلم فى العارية .

(٤) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ — المنصورة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٤٠ ص ١٤٤٨ . وقد تكون الوديعة أسهماً أو سندات فلا تجوز فيها المقاصة (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ١٧٧) .

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٤ .

وكان مطلوباً رده » ، فان مطالبة المدين للدائن بالتعويض عن هلاك الوديعة تدخل فى المطالبة بالرد . فاذا تم الأمر على هذا الوجه كانت شروط المقاصة متوافرة ، وبالرغم من توافرها لا يجوز للدائن أن يتمسك بها لأن أحد الدينين وهو التعويض مصدره عقد وديعة (١) .

أما العارية فهي أصعب تصوراً من الوديعة . ولا بد أن نفرض أن المدين بمبلغ من النقود قد أعار دائنه عيناً معينة بالذات لأن المثليات لا تعار بل تقرض — فهلكت بتقصير من الدائن ، فأصبح مسئولا عن التعويض . ثم قدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء ، وأصبحت شروط المقاصة متوافرة ما بين الدين الذى فى ذمة المدين للدائن والتعويض الذى فى ذمة الدائن للمدين . وبالرغم من توافر شروط المقاصة لا يجوز للدائن أن يتمسك بها ، وليس له أن يمتنع عن دفع التعويض للمعير . ذلك أن المعير قد ائتمنه على الشىء المعار ، بل نزل له عن منفعته دون أجر ، فلا يكون جزاؤه على ذلك أن يمتنع المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة . فعلى المستعير أن يدفع التعويض للمعير ، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذى له فى ذمته .

وغنى عن البيان أن النص مقصور على عقدى الوديعة والعارية ، فلا يتعدى إلى غيرهما من العقود كعقد الوكالة مثلا (٢) .

---

(١) قارن بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٥ — ص ١٩٦ .

(٢) فإذا تسلم الوكيل نقوداً لحساب الموكل ، وقعت المقاصة ، إذا توافرت شروطها ، بين هذه النقود وبين ما قد يكون للوكيل فى ذمة الموكل من دين يتعلق بالمصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ مكررة أولا) .

المبحث الثانى

كيف يكون إعمال المقاصة وما هى الآثار التى تترتب عليها

المطلب الأول

كيف يكون إعمال المقـاصة

٥٤٤ – النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٩٢/٢٥٦ (٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى العبارة الأولى من المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدى ونصها كالآتى : « لا تقع المقاصة إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » ، وأصبح رقم المادة ٣٧٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدل النص أولا على النحو الآتى : « لا يقضي بوقوع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها » ، وذلك « إبرازاً لمعنى انصراف النص إلى حالة التمسك بالمقاصة أمام القضاء . . . وقد رأت اللجنة . . أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتبه » . ثم عدل النص بعد ذلك فى اللجنة نفسها على النحو الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأعيدت عبارة « لا تقع المقاصة » بدلا من عبارة « لا يقضى بوقوع المقاصة » ليكون الحكم مطلقاً لا يرتبط بالتقاضى [illegible] تقع المقاصة خارج دائرة التقاضى » ، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ – ص ٢٨١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٩٢/٢٥٦ : المقاصة هى نوع من وفاء الدين يحصل حتما بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إذ كان النص جاريا فى عهد التقنين السابق على وجوب التمسك بالمقاصة : الموجز للمؤلف فقرة ٥٩١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٣٦٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٣٥٢ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤١٣ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى العبارة الأخيرة من المادة ٣٣١ والعبارة الأولى من المادة ٣٣٢ (١) .

وهذا النص يعالج مسألتين: (أولا) أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له الحق فيها . (ثانياً) وأنه لا يجوز النزول عنها إلا بعد ثبوت الحق فيها .

٥٤٥ — وجوب التمسك بالمقاصة: لا تزال المقاصة قانونية فى التقنين المدنى الجديد ، كما كانت فى التقنين المدنى السابق ، وكما هى فى التقنينات اللاتينية وبخاصة التقنين المدنى الفرنسى . فهى ليست مقاصة قضائية كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، ولا هى مقاصة تقع باعلان عن الإرادة كما هى الأمر فى التقنينات الجرمانية . وقد بسطنا الفروق الجوهرية التى تميز المقاصة القانونية فى القوانين اللاتينية عن المقاصة باعلان عن الإرادة القوانين الجرمانية(٢) .

ولكن التقنين المدنى الجديد أوجب على ذى المصلحة فى المقاصة أن

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٣٦٣ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٣٥٢ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤١٣ : تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى . ولم يذكر التقنين العراقى ، كما ذكر التقنين المصرى ، أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها . فيجوز القول فى القانون العراقى أنه يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها تبعاً للرأى السائد فى الفقه الفرنسى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٥٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٣١ : تجرى المقاصة ...فيما خلا الأحوال الآتية: ...
٤ — إذا عدل المديون مقدماً عن المقاصة .

م ٣٣٢ : لا تجرى المقاصة حتماً ، بل بناء على طلب أحد الفريقين .

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى ، فيما عدا أنه يجوز فى التقنين اللبنانى النزول مقدماً عن المقاصة وذلك بصريح النص) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ .

يتمسك بها (١). والتمسك بالمقاصة هنا ليس هو إعلان الإرادة فى إجراء المقاصة كما رأينا ذلك فى التقنينات الجرمانية ، بل إن المقاصة تقع بحكم القانون لا باعلان عن الإرادة، وتقع بمجرد تلاقى الدينين ولو من غير علم أصحاب الشأن . ووجوب التمسك بالمقاصة قصد به رفع شبهة ، إذ أراد التقنين الجديد أن يؤكد أن المقاصة ليست من النظام العام بل هى مقررة لمصلحة الطرفين ، وأن القاضى لا يجوز له أن يقضى بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها وإنما يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بها (٢). فاذا لم يتمسك بها صاحب المصلحة مع علمه بوقوعها ، أمكن تأويل ذلك على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها ، وهذا جائز كما سنرى .

والتمسك بالمقاصة يصح فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٣) . بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائى ،

---

(١) دى باج ٣ فقرة ٦١٩ — وذو المصلحة فى المقاصة هو أحد المدينين . وقد يكون مديناً متضامناً يتمسك بمقاصة تمت بين الدائن ومدين متضامن آخر ، أو كفيلا يتمسك بمقاصة تمت بين المدين والدائن (انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩١) .

(٢) وهذا هو الذى يميز التقنين المدنى الجديد عن القوانين اللاتينية . ففى هذه القوانين تقع المقاصة أيضاً بحكم القانون ، وبمجرد تلاقى الدينين ، وبغير علم من ذى المصلحة ، بل وعلى الخصم أن ينبه القاضى إلى وجوب تقرير وقوعها لأن القاضى لا يعلم بوقوعها فى أغلب الأحيان فيجب تنبيهه إلى ذلك . ولكن — وهنا تفترق القوانين اللاتينية عن التقنين المصرى الجديد — إذا علم القاضى عرضاً بوقوع المقاصة ، كأن وقف على ذلك من واقع ملف الدعوى والمستندات ، حكم من تلقاء نفسه بوقوعها فى القوانين اللاتينية (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٤٣ — لوران ١٨ فقرة ٣٨١ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦١) ، أما فى التقنين المصرى الجديد فالنص صريح فى أنه لا يجوز القاضى أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه بل لا بد من التمسك بها . على أن هناك رأياً فى الفقه الفرنسى يذهب هو أيضاً إلى وجوب التمسك بالمقاصة وإلى إنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٥٤ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٦٢ — جوسران ٢ فقرة ٩٣٦ ص ٤٩٧ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٧) .

(٣) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ — ٨ ابريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٥٤ — ص ٣٥٥ — دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٤ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٨٢ — ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام محكمة النقض (أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ١٠) .

وفى أثناء إجراءات التنفيذ (١). ذلك أن المقاصة تقع بحكم القانون (٢) كما قدمنا دون حاجة إلى إعلان عن الإرادة ، والتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضى أن ذا المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها ، إذ القاضى من جهة لا يستطيع أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه ، وإغفال الخصم التمسك بها قد يؤول من جهة أخرى على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها(٣).

---

(١) ويطلب الخصم وقف إجراءات التنفيذ حتى يحكم قاضى الموضوع فى وقوع المقاصة (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٩ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ١٣) ، وذلك حتى لو لم تقع المقاصة إلا بعد صدور الحكم النهائى (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) . وصدور حكم نهائى بالدين لا يتعارض مع التمسك بعد ذلك بالمقاصة ، فالمطلوب من المدين أن يوفى الدين المحكوم به تنفيذاً للحكم النهائى ، ووفاء الدين قد يكون عن طريق المقاصة به فى دين آخر ولو كان هذا الدين لاحقاً للحكم النهائى، فتعتبر المقاصة فى حكم الوفاء من حيث تنفيذ الحكم (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٣) .

(٢) أما حكم القاضى فليس إلا كاشفاً عن وقوع المقاصة . على أنه لو كان الدين متنازعاً فيه ، تم حسم النزاع بحكم ، وتمسك ذو الشأن بالمقاصة القانونية ، اعتبرت المقاصة واقعة من وقت حسم النزاع . (أنظر ما يلى فقرة ٥٥١ – وقارن استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ – ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لم يختر المشروع مذهب التقنين الألمانى (م ٣٨٨) فى وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد ، بل التزم على نقيض ذلك التصوير اللاتينى فى ترتيب أثرها بحكم القانون . وكل ما هنالك أنه نص على وجوب طلبها ، تأكيداً لنفى ارتباطها بالنظام العام أو تخويل القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه . ويراعى أن هذا الطلب لا يختلف عن الإعلان الذى يتطلبه التقنين الألمانى من حيث الشكل فحسب ، بل وكذلك من حيث الآثار . فلو فرض أن طلب المقاصة أفرغ فى صورة إعلان صدر فى غير مجلس القضاء ، فلا يكون من أثر ذلك محو الفوارق الجوهرية بين المذهب الجرمانى والمذهب اللاتينى فى هذا الصدد . فإذا وفى أحد الطرفين عند تلاقى الدينين ، فالظاهر وفقاً للمذهب الجرمانى أن الإعلان بالمقاصة يصبح ممتنعاً ويكون الوفاء صحيحاً ، فى حين أن الوفاء فى هذه الحالة يعتبر وفقاً للمذهب اللاتينى وفاء بدين تم انقضاؤه ويكون للموفى حق المطالبة برد ما أداه : تعليقات على التقنين الألمانى جزء أول ص ٥٤٢ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢) .

وجاء أيضاً فى مكان آخر : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالمقاصة . فالمقاصة القانونية تقع ، وفقاً لمذهب التقنينات اللاتينية ، بحكم القانون وبمقتضى هذا الحكم وحده ولو كان المدين غير عالم بأمرها : المادة ١٢٩٠ من التقنين الفرنسى وانظر كذلك المادة ١٩٢/٢٥٦ من التقنين المصرى . أما التقنينات الجرمانية فلا تتم فيها المقاصة بحكم القانون، بل بمقتضى تعبير عن الإرادة يصدر من جانب واحد : المادة ٣٨٨ من التقنين الألمانى . على أن اختلاف هذين المذهبين فيما يتعلق بالقاعدة العامة لا يلبث أن يتضاءل إلى حد —

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء ، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونيا كما فى القوانين الجرمانية ، إنما هو إشعار للطرف الآخر بوقوع المقاصة(١) .

٥٤٦ — جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها : قلنا إن المقاصة ليست من النظام العام ، بل هى مقررة لمصلحة الطرفين . فيجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها (٢) .

والذى ينزل عن المقاصة هو ذو المصلحة فيها . وقد يكون نزوله عنها ضمنيا ، ويكون ذلك عادة بعدم التمسك بها مع علمه بوقوعها . فهو ، دون أن يذكر شيئاً عن الدين الذى له فى ذمة دائنه ، ينصرف إلى دفع مطالبة الدائن بدفوع غير المقاصة ، أو يقر بحق الدائن دون أن يتمسك بالمقاصة . ويعتبر نزولا ضمنياً عن المقاصة وفاء المدين طوعاً بحق الدائن ، كما يعتبر نزولا ضمنياً أن يكون

= بعيد عند مواجهة التفاصيل ، فيراعى من ناحية أن التقنينات اللاتينية تستلزم طلب المقاصة ، وهى بهذا تحتم صدور تعبير عن الإرادة كما هو الشأن فى التقنينات الجرمانية . ويراعى من ناحية أخرى أن التقنينات الجرمانية تسند أثر التعبير عن الإرادة ، فينقضى الدينان المتقابلان بالمقاصة من وقت توافر شروط القصاص بالنسبة لها كما هى الحال فى التقنينات اللاتينية . وقد اختار المشروع مذهب التقنينات اللاتينية ، إلا أنه تحاشى التعبير بوقوع المقاصة بحكم القانون دون علم المدينين ، والحق أن فى هذا التعبير مدخلا للشك فى طبيعة المقاصة ، فضلا عن مجانبته للصحة . ذلك أن المقاصة ليست من النظام العام ، وليس للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه . وإزاء هذا احتذى مثال المشروع الفرنسى الإيطالى ، ونص على أن المقاصة لا تقع إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦) .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٦٥ آنفاً فقرة ٥٤٤ فى الهامش — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١١١ .

(٢) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٨٣ — وفى القانون الفرنسى ، كما سنرى ، يجوز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها وقبل ثبوت هذا الحق . والنزول بعد ثبوت الحق أشد إشكالا ، فى نظر الفقه الفرنسى ، من النزول قبل ثبوته . ذلك أن المقاصة بعد ثبوت الحق ، تكون قد قضت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون ، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عن المقاصة وعودة الدينين بعد انقضائهما ! (انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٥٠) .

الدين حالا فيقبل الدائن إضافته إلى أجل فينزل بذلك عن مقاصته فى دين عليه لمدينه (١) .

والنزول عن المقاصة لا يفترض ، فمجرد سكوت المدين عن التمسك بها لا يفيد حتماً النزول عنها ، بل له كما قدمنا أن يتمسك بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف . ومجرد مطالبة الدائن المدين بالدين لا يتضمن حتماً نزول هذا الدائن عن حقه فى مقاصة هذا الدين بدين فى ذمته لمدينه ، ما دام لم يستوف حقه فعلا من المدين . كذلك يجب تفسير النزول عن المقاصة فى أضيق الحدود ، فمن استوفى جزءاً من حقه لا يعد متنازلا عن المقاصة بباقى حقه فى دين عليه لمدينه (٢) .

ومتى نزل صاحب المصلحة فى المقاصة عن حقه التمسك بها(٣) ، فان له أن يتقاضى حقه من مدينه كاملا ، وعليه أن يؤدى الدين الذى فى ذمته لهذا المدين . فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فان النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات ، وذلك دون إضرار بحقوق الغير . فلو أن أحد الدينين كان مضموناً بكفيل شخصى أو كفيل عينى ، فانقضت الكفالة بالمقاصة ، ثم نزل المدين فى هذا الدين عن التمسك بالمقاصة ، فان الدين يعود ، ولكن لا تعود الكفالة . ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول (٤) .

أما قبل ثبوت الحق فى المقاصة — أى قبل توافر شروطها أو قبل تلاقى

---

(١) وكل طلب يتقدم به المدين ، أو دفع يتمسك به ، ويكون متعارضاً مع وقوع المقاصة ، يمكن اعتباره نزولا ضمنياً من التمسك بها (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٧ ص ٢٠٩ .

(٣) وقد ينزل أحد المدينين عن المقاصة ولكن يتمسك بها المدين الآخر ، فتقع المقاصة بالرغم من نزول المدين الأول عنها . فيكفى إذن لوقوع المقاصة أن يتمسك بها أحد المدينين ، وإذا أريد للمقاصة ألا تقع وجب أن ينزل عنها المدينان معاً .

(٤) والنزول عن المقاصة يقطع سريان التقادم ، لأنه يكون بمثابة إقرار بالدين ، فيعود الدين ويسرى فى حقه تقادم جديد (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٨ ص ٢١٠) .

الدينين – فانه لا يجوز لذى الشأن أن ينزل مقدماً عن الحق فى التمسك بها ، لأن هذا الحق لم يثبت بعد حتى يمكن النزول عنه . كذلك لا يصح للمدين ، وقت أن يعقد الدين ، أن ينزل مقدماً عن جواز انقضاء هذا الدين بالمقاصة . وعدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة حكم ورد صريحاً فى الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدنى ، فقد رأيناها تقضى بأنه لا يجوز النزول عن التمسك بالمقاصة قبل ثبوت الحق فيها . أما فى فرنسا فلا يوجد نص مقابل للنص المتقدم الذكر ، ومن ثم يجنح أكثر الفقهاء إلى القول بجواز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها (١) . ويوجه الحكم الذى أخذ به التقنين المصرى ، من عدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة ، أن المقاصة شرعت لتحقيق أغراض جوهرية ، فهى وفاء إجبارى مبسط ، وهى فى الوقت ذاته تأمين للدين . فلا يجوز تفويت هذه الأغراض الهامة بالنزول مقدماً عن المقاصة ، وإلا أصبح النزول شرطاً مألوفاً فى التعامل (clause de style) . ثم إن الواجب ألا يصح النزول إلا عند ثبوت الحق فى المقاصة ، حتى يتبين من ينزل عن حقه موقفه ، فينزل وهو على بصيرة من أمره(٢) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى ماركاديه ٤ فقرة ٨٣٣ — كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٢٤١ مكررة ثالثاً — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٧ ص ٣٥٢ وهامش رقم ٨ — لارومبير ٥ م ١٢٩٥ فقرة ١ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٠٤ . وانظر أيضاً المادة ٣٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وهى تصرح بجواز النزول مقدماً عن المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٥٤١ فى الهامش) . وانظر عكس هذا الرأى فلا يجوز النزول مقدما عن المقاصة : ترولـ ٧ فقرة ٣٠٢ — لوران ١٨ فقرة ٤٥٦ .

وإذا أجزنا النزول مقدما عن المقاصة ، أمكن الغير العلم بذلك ، فيكون النزول ساريا فى حقه . وهذا بخلاف النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، فقد قدمنا أن هذا النزول لا يضار به الغير ولا يكون ساريا فى حقه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨١ ص ٢٢٠) .

(٢) وقد ورد فى الأعمال التحضيرية تعليلان لعدم جواز النزول عن المقاصة قبل ثبوتها ، كلاهما ذكر فى لجنة مجلس الشيوخ : ١ – « للقضاء على محاولة الدائنين التحكم فى المدين عند نشوء الدين للحصول مقدماً على الرضاء بالتنازل عن هذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٨) . ٢ – « وقد راعت اللجنة أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتبه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٩) . وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصاً يقضى بعدم جواز المقاصة عندما يتنازل المدين مقدماً عنها ، فعكست لجنة مجلس الشيوخ هذا الحكم ، ولم تجز التنازل عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها ، نظراً لأن « البنوك فى معاملاتها مع الأفراد تتمسك فى عقودها معهم بالنص على عدم –

٥٤٧ – حالة من حالات النزول الضمنى عن المقاصة بعد ثبوتها — نص قانونى : وهناك حالة من حالات النزول الضمنى عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، ورد فى شأنها نص خاص فى التقنين المدنى هو المادة ٣٦٩ ، وتجرى على الوجه الآتى : « إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (١) » . وهذا النص يفرض أن المدين وفى دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له فى ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل. وهنا يجب التمييز بين حالتين :

أولا – حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن

= جواز تمسكهم بالمقاصة ، وفى هذا ضرر بليغ بهؤلاء الأفراد » (انظر تاريخ المادة ٣٦٤ آنفاً فقرة ٥٤١ فى الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى اشتمل فى آخر النص على عبارة « وكان له فى ذلك عذر مقبول » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وكان له فى ذلك عذر مقبول » ، اكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه ، وحسما للمنازعات التى تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولا أو غير مقبول من الأعذار ، وترك أمر الإثبات للقواعد العامة . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ – ٢٩٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٩٨/٢٦٢ — وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا اجتمع صفتا دائن ومدين فى شخص واحد ، ودفع ما عليه من الدين بغير التفات إلى المقاصة المستحقة له ، ثم طالب بماله من الدين ، وكان لمدينه كفلاء فيه أو شركاء متضامنون أو مداينون متأخرون عن المطالب المذكور فى درجة الامتياز أو الرهن أو مالك لمنقول مرهون تأميناً على الدين المطالب به ، فلكل واحد من هؤلاء التمسك عليه بالمقاصة التى لم يلتفت إليها ، إلا إذا كان له عذر صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بوجود دينه الذى كانت تمكن به المقاصة » . والحكم فى هذا النص لا يختلف عن الحكم فى نص التقنين الجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٧ (وهى مطابقة) – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٥٦ (وهى مطابقة) – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤١٦ (وهى مطابقة مع إضافة عبارة « وكان له فى ذلك عذر مقبول » التى كانت واردة فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى) – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا يوجد نص مقابل ، فيجب تطبيق القواعد العامة .

يقاص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين . وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمنى منه عن التمسك بحقه فى المقاصة بعد ثبوتها ، وهذه هى الحالة التى أشرنا إليها فيما تقدم . ومن ثم ينقضى الدين الذى كان فى ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذى كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها . ولا يعود من التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا تعود الكفالة الشخصية أو العينية ، ولا يضار دائن مرتهن متأخر فى المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل الحق ، وقد تقدم بيان ذلك (١) .

ثانياً — حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، وعليه هو يقع عبء إثبات ذلك (٢) . فهنا لا يمكن القول بأن المدين ، وهو يجهل وجود حقه ، أنه نزل عن التمسك بالمقاصة فى هذا الحق . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون ، فانقضى بها دين المدين ، فاذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى ، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه وبما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته . ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولا ، فحفظ له قصده ، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى ذمته لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع ، فان حق المدين فى ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية أو كفالة عينية تأضر بقاؤها بالغير ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين (٣) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٤٦ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يقضى بأن يثبت المدين أيضاً أنه كان له عذر مقبول فى جهله بوجود حقه ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى كانت تقضى بذلك ، واكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه ، وحسما للمنازعات التى تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولا أو غير مقبول من الأعذار (انظر تاريخ نص المادة ٣٦٩ فى هذه الفقرة فى الهامش) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ — وانظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ .

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على المقاصة

٥٤٨ — فيما بين الطرفين وبالنسبة الى الغير : إذا وقعت المقاصة بين دينين متقابلين على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، وهذا فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها هذا الغير .

§ ١ — أثر المقاصة فيما بين الطرفين

٥٤٩ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، منذ الوقت الذى

= ونص المادة ٣٦٩ مدنى يقابله فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٢٩٩ وتتضمن نفس الحكم. والفقه الفرنسى يجعل مع ذلك كلا من المدين والدائن مخيرا ، فالمدين مخير بين الرجوع بحقه بما كان يكفله من تأمينات ، أو يرجع بدعوى استرداد غير المستحق وقد تكون له مصلحة فى ذلك إذا كان الدائن قد استوفى الحق وهو سيىء النية فيرجع المدين عليه بالفوائد (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٢٣ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٩ ص ٣٥٧ — ص٣٥٧ — ص ٣٥٨ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ — انظر مع ذلك لوران ١٨ فقرة ٤٦٤) . ولا نرى ما يمنع من العمل بهذا الحكم فى مصر ، فإن المادة ٣٦٩ مدنى إنما تقرر أمراً لمصلحة المدين حسن النية ، فله أن يرجع إلى تطبيق القواعد العامة إذا رأى أن تطبيقها أصلح له (انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٤) . وكذلك الدائن ، إذا استوفى الحق وهو يجهل إنه انقضى بالمقاصة ، مخير بين الوفاء بدينه بما كان يكفله من تأمينات ، أو رد ما استوفاه للمدين ويتمسك بالمقاصة إلى تمت وهو يجهلها (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٢٥ — فقرة ٦٢٦ — لوران ١٨ فقرة ٤٦٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٩ هامش رقم ٨ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ١٨٠) . وهنا أيضاً لا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذا الحكم فى مصر ، فإن المدين إذا لم يستبق حقه بما كان يكفله من تأمينات ، يكون قد استرد فعلا ما وفاه للدائن ، فوصل إلى حقه كاملا من طريق أقرب .

يصبحان فيه صالحين للمقاصة . ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء » .

وتنص المادة ٣٦٦ على ما يأتى :

« إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة »(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٥٧/١٩٣ و ٢٦٠/١٩٦(٢).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين٢/٣٦٣ و ٣٦٤ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢/٣٥٢ و ٣٥٣ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤١٣ – ٤١٤ – وفى تقنين الموجبات والعقود

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٣٦٥ : ورد هذا النص ضمن المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا تحويرات لفظية بسيطة . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٨ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ قسم النص إلى فقرتين ، اشتملت الفقرة الثانية منهما على النص الذى نحن بصدده على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقم المادة ٣٦٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ – ٢٨١) .

م ٣٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ٥٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان الدين قد سقط بالتقادم وقت طلب المقاصة ، فلا يمنع سقوطه من وقوع المقاصة فيه، مادام هذا السقوط لم يكن قد تم فى الوقت الذى أصبحت المقاصة فيه ممكنة » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٣٧٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨١ و ص ٢٨٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٥٧/١٩٣ : تحصل المقاصة بقدر الأقل من الدينين .

م ٢٦٠/١٩٦ : يحصل التسديد بالمقاصة كما يحصل فى حالة الوفاء بالدفع عند تعدد الديون .

(والتقنينان السابق والجديد حكمهما واحد . ولم يرد فى التقنين السابق ما يقابل نص المادة ٣٦٦ من التقنين الجديد ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص لأنه متفق مع القواعد العامة : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٠ – فقرة ٥٩١ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨١٩ – فقرة ٨٢٠) .

البنانى المواد ٣٣٢ - ٣٣٤ و ٣٣٦(١).

وبخلص من هذه النصوص أن المقاصة، كالوفاء، تقضى الدينين بقدر الأقل منهما، ذلك أن كل دائن يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته. ويعتبر انقضاء الدينين قد تم من وقت تلاقيهما متوافرة فيهما شروط المقاصة، لا من وقت التمسك بالمقاصة. وإذا تعددت الديون التى تصح فيها المقاصة، كان تعيين جهة الدفع فى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٦٣/٢ و ٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٣٦٥/٢ و ٣٦٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٥٢/٢ و ٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٣٦٥/٢ و ٣٦٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤١٣ : تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

م ٤١٤ : إذا كان الدين لا تسمع فيه الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة .

(وحكم التقنين العراقى يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٣٣٢ : لا تجرى المقاصة حتما بل بناء على طلب أحد الفريقين ، وهى تسقط الدين فى اليوم الذى تتوافر فيه الشروط اللازمة لإمكان التذرع بها مع قطع النظر عن الأمور التى تكون قد وقعت فيما بعد كسقوط أحد الموجبين بمرور الزمن .

م ٣٣٣ : إن المقاصة فى الأساس تفعل عند الإدلاء بها فعل الإيفاء ، ولكن بقدر الدين الأقل . وهى تسقط ملحقات الموجب (كرهن العقار والمنقول والكفالة الخ) على نسبة إسقاطها للموجب نفسه . على أن سقوط الحقوق الخاضعة للقيد فى السجل العقارى لا يتم إلا بمحو ذاك القيد.

م ٣٣٤ : يجوز للكفيل أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للمديون الأصلى ، ولكن لا يجوز لهذا المديون أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للكفيل . كما أنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بوجود دين آخر لأحد شركائه فى الدين مترتب على الدائن . أما إذا احتج بالمقاصة الكفيل أو المديون المتضامن بعد أن يصبحا دائنين للدائن ، فالمقاصة تسقط الدين عن المديون الأصلى أو عن سائر المدينين ، ويحق لهؤلاء الإدلاء بالمقاصة .

م ٣٣٦ : متى وجدت بين شخصين عدة ديون قابلة للمقاصة ، تطبق القواعد الموضوعة لتعيين جهة الإيفاء .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى إما بالنص أو بتطبيق القواعد العامة ، فيما عدا التضامن : ففى التقنين اللبنانى إذا وقعت المقاصة بين أحد المدينين المتضامنين والدائن دون أن يتمسك هذا المدين بها، لم يجز لأى مدين متضامن آخر أن يحتج بهذه المقاصة، أما فى التقنين المصرى فقد رأينا أن أى مدين آخر يحتج بالمقاصة لا بقدر حصة من وقعت معه) .

حالة المقاصة كتعيينها فى حالة الوفاء . ونبحث كلا من هذه المسائل الثلاث .

٥٥٠ — المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما : المقاصة لها أثر الوفاء فى كل من الدينين المتقابلين ، إذ كل دين قد استوفى من الدين المقابل . فينقضى الدينان إذن ، إذا كانا متساويين .

ويترتب على انقضائهما أنه لوكان أحدهما أو كلاهما ينتج فائدة ، فان الفوائد تنقطع من وقت الانقضاء ، أى من وقت تلاقى الدينين لا من وقت التمسك بالمقاصة فحسب . وقد تتعادل منفعة كل من المدينين من وراء انقطاع الفوائد ، وقد لا تتعادل . فاذا كان كل من الدينين ينتج فائدة سعرها معادل لسعر الفائدة فى الدين الآخر ، فى هذا الفرض ، والدينان متساويان وسعر الفائدة متحد ، تتعادل منفعة كل من المدينين بانقطاع الفوائد ، ولا يكسب أحدهما بانقطاعها أكثر مما يكسب الآخر . أما إذا كان أحد الدينين ينتج فائدة سعرها أكبر من سعر الفائدة التى ينتجها الدين الآخر ، أو كان أحد الدينين ينتج فائدة والدين الآخر لا ينتج فائدة ما ، فان انقطاع الفوائد يفيد المدين الذى ينتج دينه فائدة ، أو ينتج فائدة أكبر ، أكثر مما يفيد المدين الآخر .

ويترتب على انقضاء الدينين أيضاً ان التأمينات التى كانت تكفل أيا منهما تنقضى معه . فلو كان أحد الدينين مكفولا بكفيل شخصى أو بكفيل عينى أو برهن أو امتياز أو اختصاص أو بغير ذلك من التأمينات الشخصية أو العينية ، فان هذه التأمينات تزول بمجرد انقضاء الدين المكفول . ولكن يجب التأشير على هامش القيد بزوال التأمين ، حتى يكون زواله ساريا فى حق الغير(١).

ومن أجل ذلك يجوز للكفيل الشخصى أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين المكفول ودائنه ، لأن هذه المقاصة تقضى الدين المكفول فتنقضى الكفالة بانقضائه(٢). وهذا صحيح حتى لوكان الكفيل الشخصى متضامنا مع المدين ، فان تضامن الكفيل مع المدين لا يخرجه عن أن يكون كفيلا التزامه

---

(١) انظر الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى – وكذلك يجوز للكفيل العينى أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين ودائنه ، إذ المقاصة تقضى الدين المكفول ، فينقضى الرهن الواقع على مال الكفيل العينى .

تابع لالتزام المدين الأصلي فمتى انقضى الالتزام الأصلي انقضى التزام الكفيل(١). أما المدين الأصلي فليس له أن يطلب المقاصة بما فى ذمة الدائن للكفيل(٢)، لأنه هو المدين وليس له أن يفى دينه من مال الكفيل . ولكن يجوز للكفيل ، إذا رجع عليه الدائن ، أن يدفع بالمقاصة بين الدين المكفول ودين له فى ذمة الدائن(٣)، وله بعد ذلك أن يرجع على المدين الأصلي بما وفاه من دينه على هذا النحو(٤). أما المدين المتضامن فقد رأينا ، عند الكلام فى التضامن، أنه يستطيع ن يدفع بالمقاصة الواقعة بين الدائن ومدين متضامن آخر ، ولكن بقدر حصة هذا المدين(٥).

هذا كله إذا كان الدينان المتقابلان متساويين . فاذا كانا غير متساويين ، ونفرض أن أحدهما ألف ينتج فوائد بسعر ٥ ٪ وله تأمينات تكفله والدين الآخر خمسمائة لا تنتج فوائد وليس لها تأمينات ، فان المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما ، أى بقدر خمسمائة . فينقضى الدين الآخر كله ، وينقضى الدين

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٥ .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى — وانظر آنفا فقرة ٥٣٣ .

(٣) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى — وتكون المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة (انظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش) .

(٤) أما التقنين المدنى العراقى فتقضى المادة ٤١٢ منه ، على النقيض من ذلك ، بما يأتى : « إذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما » . فالمقاصة فى التقنين العراقى قانونية لا اختيارية (انظر آنفاً فقرة ٥٤١ فى الهامش) .

(٥) قارن المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وهى لا تجيز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة أصلا ولو بقدر حصة المدين المتضامن الذى وقعت معه المقاصة ، وقارن أيضاً المادة ١٢٩٤/٣ من التقنين المدنى الفرنسى وهى فى معنى التقنين اللبنانى .

ونستدرك هنا خطأ فى شأن التقنين اللبنانى ورد فى مناسبة المادة ٣٧ من هذا التقنين (انظر آنفا ص ٣١٥ فى الهامش) . فقد قلنا هناك إن التقنين اللبنانى يجعل لكل مدين متضامن الحق فى إسقاط الدين كله بالمقاصة . والصحيح أنه لا يستطيع ذلك إلا إذا وقعت المقاصة معه هو ورجع عليه الدائن فتمسك بها ، وفى هذا يتفق التقنين اللبنانى مع سائر التقنينات العربية ومع التقنين الفرنسى . أما إذا تمسك المدين المتضامن بمقاصة وقعت مع مدين متضامن آخر دون أن يتمسك هذا المدين الآخر بها، فإن هذا التمسك لا يفيد المتمسك أصلا ولا يستطيع هذا أن يستنزل من الدين حتى حصة المدين الذى وقعت معه المقاصة. وفى هذا يتفق التقنين اللبنانى مع التقنين الفرنسى، ويخالف التقنينات العربية الأخرى .

الأول بقدر خمسمائة ، فيبقى منه خمسمائة تستمر فى إنتاج الفوائد بسعر ٥ ٪ وتستمر مكفولة بالتأمينات التى كانت تكفل الدين كله . وهنا نرى أن صاحب الدين الأول قد استوفى بحكم المقاصة جزءاً من دينه ، فهو قد أجبر على الاستيفاء الجزئى . ولكن ليس له أن يشكو من ذلك ، فانه لو استوفى حقه كاملا وهو ألف ، لوجب عليه أن يؤدى منه فى الحال خمسمائة للطرف الآخر ، فلا يبقى له إلا خمسمائة . وهذا هو عين المبلغ الباقى له فى ذمة الطرف الآخر بعد إعمال المقاصة ، وله أن يستوفيه فوراً(١).

٥٥١ — انقضاء الدينين منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة : قدمنا أن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين المتقابلين صالحين للمقاصة ، أى متوافرة فيهما شروطها . فهى لا يتأخر وقوعها إلى وقت التمسك بها ، بل هى مقاصة قانونية تقع بحكم القانون ، ولو بدون علم صاحب الشأن ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(٢) .

فالمقاصة إذن تقع منذ تلاقى الدينين المتقابلين متوافرة فيهما شروطها(٣). فاذا كان أحد الدينين أو كلاهما محلا للنزاع أو غير معلوم المقدار ، وقعت المقاصة من وقت حسم النزاع أو من وقت تحديد مقدار الدين . و إذا كان أحد الدينين

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٥ — ويلاحظ أنه إذا كان أحد الدينين المطلوب القصاص فيهما دون نصاب الاستئناف والدين الآخر يبلغ النصاب ، جاز رفع استئناف عن الحكم الصادر فى الدين الأول بالرغم من أنه لم يبلغ النصاب ، لأن الحكم تناول الدين الآخر وهو يبلغه (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠) .

(٢) وحتى المقاصة التى تقع باعلان عن الإرادة ، كما هو الأمر فى التقنينات الجرمانية ، فانها تستند إلى وقت تلاقى الدينين كما قدمنا .

(٣) وإذا رسا المزاد على الدائن المرتهن للعقار ، وكان مقدما على سائر الدائنين ، فوقعت المقاصة بين الثمن الذى فى ذمته الراسى به المزاد والحق الذى له المكفول بالرهن ، فإن المقاصة تقع وقت النطق بحكم مرسى المزاد ، فى هذا الوقت يثبت الثمن ديناً حالا فى ذمة الدائن المرتهن ، فيتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة . ومن ثم لا يكون الدائن المرتهن فى حاجة إلى أن يدرج اسمه فى قائمة التوزيع بعد أن انقضى حقه بالمقاصة ، ويستطيع أن يتمسك بالمقاصة عن عن طريق المعارضة فى قائمة التوزيع النهائى (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣١) .

أو كلاهما مؤجلا ، وقعت المقاصة من وقت حلول الأجل . وقس على ذلك سائر الشروط . وينقضى الدينان بقدر الأقل منهما بمجرد وقوع المقاصة ، ويكون للمقاصة نفس الأثر الذى للوفاء فى انقضاء كل من الدينين .

وتبقى المقاصة واقعة والدينان منقضيين ، حتى لو تخلفت الشروط أو بعضها بعد ذلك عند التمسك بالمقاصة . وقد أوردت المادة ٣٦٦ مدنى مثلا على ذلك ، فنصت على أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . والنص يفترض أن هناك دينين متقابلين تلاقيا ، متوافرة فيهما شروط المقاصة ، قبل أن تمضى عليهما بطبيعة الحال مدة التقادم . وعند التمسك بالمقاصة كانت مدة التقادم قد انقضت بالنسبة إلى أحد الدينين . ولما كانت العبرة فى وقوع المقاصة بالوقت الذى تلاقى فيه الدينان صالحين للمقاصة ، لا بوقت التمسك بالمقاصة ، فإن الدينين فى وقت تلاقيهما لم يكن قد مضت على أى منهما مدة التقادم ، فوقعت المقاصة بينهما وانقضيا . ومن ثم يجوز التمسك بالمقاصة ، حتى لو كان وقت التمسك بها قد تقادم أحد الدينين وتمسك المدين بالتقادم ، لأن العبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين لا بوقت التمسك بالمقاصة . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك(١) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ – وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ – وقد كان هذا هو الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالرغم من عدم اشتمال هذا التقنين على نص مماثل لنص المادة ٣٦٦ فى التقنين المدنى الجديد ، وذلك لأن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الدينين قد استحق فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ والآخر فى آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، فإنه فى هذا الوقت الأخير لم يكن الدين الأول قد سقط الحق فى المطالبة به بمضى المدة ، فيتقابل الدينان فيه وتقع المقاصة بقدر أقلهما . ولا يمنع من حصول هذه المقاصة أن يكون قد طلبها صاحب الدين الأول بعد دعوى خصمه صاحب الدين الثانى عليه مهما استطالت المدة ، لأن المقاصة تقع حتما بدون طلب من ذوى الشأن ، فالتمسك بها بعد رفع دعوى الخصم إنما هو تمسك بأمر قد وقع فعلا بقوة القانون (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢١ ص ٥٠ – انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) .

أما إذا كان قد مضى على كل من الدينين ، وقت التمسك بالمقاصة ، مدة التقادم ، فقد يرى الطرفان أنهما فى غير حاجة إلى التمسك بالمقاصة ، لأن كلا منهما يستطيع أن يتمسك بالتقادم . ولكن لايزال لهما حق التمسك بالمقاصة مادامت شروطها قد توافرت قبل انقضاء مدة التقادم ، والتمسك بالمقاصة خير لهما من التمسك بالتقادم ، لأن التمسك بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعى لايتخلف عن التمسك بالمقاصة (١) .

٥٥٢ — تعيين جهة الدفع فى المقاصة : وقد يتلاقى دين صالح للمقاصة من جهة مع ديون متعددة متقابلة معه من جهة أخرى هى أيضاً صالحة للمقاصة ، بأن يكون فى ذمة أحد المدينين للآخر مثلا ألف ، وفى ذمة الآخر له دينان أحدهما ألف غير مكفولة والدين الآخر ألف مكفولة بتأمين عينى . وتتلاقى هذه الديون جميعاً ، فتقع المقاصة بين الدين الأول وأحد الدينين المقابلين له ، فأى هذين الدينين هو الذى تقع فيه المقاصة ؟ تجيب على ذلك العبارة الأخيرة من المادة ٣٦٥ مدنى بما يأتى : « ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء » . ومن ثم يجب تطبيق قواعد تعيين جهة الدفع (imputation des paiements) التى مرت بنا عند الكلام فى الوفاء ، إذ المقاصة كما قدمنا ضرب من الوفاء(٢) .

على أنه يجب أن يستبعد من هذه القواعد مايرجع التعيين فيه إلى إرادة المدين

---

(١) هذا وقد يتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة ، ثم يطرأ بعد ذلك على أحد الدينين ما يجعله ينقضى بسبب آخر غير التقادم الذى نحن بصدده ، كأن يعمد أحد المدينين إلى تجديد دينه . فنى هذه الحالة إذا كان المدين قد جدد دينه وهو عالم بجواز التمسك بالمقاصة ، كان هذا التجديد بمثابة نزول ضمنى عن المقاصة يكون له حكم النزول وقد تقدم بيانه . أما إذا كان لا يعلم بوقوع المقاصة ، فإن التجديد يكون باطلا ، لأن الدين المراد تجديده يكون قد انقضى بالمقاصة فلا يكون هناك محل للتجديد .

(٢) وتطبيقاً لهذه القواعد إذا تقابل دينان ، أحدهما خمسمائة مثلا والآخر خمسمائة تضاف إليه مائة هى المصروفات والفوائد ، وقعت المقاصة فى الدين الآخر فى المصروفات والفوائد أولا ثم فى رأس المال . فينقضى الدين الأول كله . وينقضى من الدين الآخر المصروفات والفوائد أولا وهى المائة ، ثم أربعمائة من رأس المال ، وتبقى مائة من رأس المال .

أو إلى إرادة الدائن ، فالمقاصة وفاء إجبارى يقع لا بارادة المدين ولا بارادة الدائن(١) . ويبقى من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى حكم القانون . وفى المثل المتقدم أحد الدينين غير مكفول والدين الآخر مكفول بتأمين عينى ، فهذا الدين الآخر – وهو الدين الأشد كلفة على المدين (م ٣٤٥ مدنى) – هو الذى تقع فيه المقاصة(٢) .

وغنى عن البيان أننا نفترض فى المثل المتقدم أن الدينين المقابلين فى جهة وجدا أولا – متعاقبين أو متعاصرين – ثم وجد الدين المقابل فى الجهة الأخرى. أما إذا وجد أحد الدينين أولا ثم وجد الدين المقابل ، أو وجد الدين المقابل أولا ثم وجد أحد الدينين ، فقد تلاقى عند ذلك دينان متقابلان وانقضيا بالمقاصة. فاذا وجد الدين الآخر بعد ذلك لم يكن الدين الذى ينقضى بالمقاصة ، حتى لو كان هو الدين المكفول . فلا بد إذن من أن يكون الدينان المقابلان من جهة قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل من جهة أخرى ، حتى يكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع . أما إذا كان أحد الدينين المقابلين هو الذى كان قائماً وحده ، فانه هو الدين الذى ينقضى بالمقاصة سواء كان هو الدين المكفول أو الدين غير المكفول(٣) .

---

(١) ولما كانت المقاصة فى القوانين الجرمانية تتم بإعلان عن الإرادة كما قدمنا ، فهنا يتسع المجال لمن أعلن عن إرادته فى إيقاع المقاصة أن يعين أيا من الديون المتعددة يريد إيقاع المقاصة فيه . وقد نصت المادة ٣٩٦ من التقنين المدنى الألمانى فى هذا المعنى على ما يأتى : « إذا كان أحد الطرفين له حقوق متعددة تصلح كلها للمقاصة ، فللطرف الذى يوقع المقاصة أن يعين أيا من هذه الحقوق يريد أن تقع فيه . فإذا وقعت المقاصة دون هذا التعيين ، أو حصل التعيين ولكن الطرف الآخر اعترض عليه دون إبطاء ، وجب تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٦٦ » . (أنظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى : م ٣٩٦ فقرة ١ — فقرة ٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ — وأنظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ .

(٣) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٥٥ – بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ – ويترتب على ذلك أنه إذا قام دين من جهة ، ثم قام دينان متعاصران (أى فى وقت واحد) مقابلان له من جهة أخرى ، فإن هذين الدينين يكونان قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل ، ويكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع ، فينقضى الدين المكفول ويبقى الدين غير المكفول .

§ ٢ — أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير

٥٥٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير » .

« ٢ — فاذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز » .

وتنص المادة ٣٦٨ على ما يأتى :

« ١ — إذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل » .

« ٢ — أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (١) » .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٦٧ : ورد هذا النص فى المادة ٥٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٤ — ٢٨٥) .

م ٣٦٨ : ورد هذا النص فى المادة ٥٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من النص فى المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية : « إلا إذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة السالفة الذكر ، لأنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له ، فإذا ثبت فى ذمة المحيل للمدين دين بعد ذلك ، لم يكن هناك محل للمقاصة، ففى القواعد العامة ما يغنى عن هذه العبارة . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٥ وص ٢٨٧ — ص ٢٨٨).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٩٧/٢٦١ و ١٩٩/٢٦٢ (١) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٦٥ — ٣٦٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٥٤ — ٣٥٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤١٥ و ٤١٧ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٣٥ (٢) .

ويخلص من هذه النصوص أن المبدأ العام هو عدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير(٣) . وقد أورد التقنين المدنى تطبيقين هامين لهذا

---

(١) التقنين المدنى السابق م ١٩٧/٢٦١ : إذا أحال الدائن آخر بدين وقعت فيه المقاصة، وقبل المدين الحوالة ، فلا يصح له بعد ذلك التمسك بالمقاصة على المحتال ، إنما له أن يطالب المحيل بدينه .

م ١٩٩/٢٦٣ : وضع الحجز على ما فى ذمة المدين يمنع المدين المذكور من طلب المقاصة التى تحدث بعد الحجز . (وأحكام التقنين المدنى السابق متفقة مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٦٥ — ٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧ — ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٥٤ — ٣٥٥ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧ — ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤١٥ (مطابقة للمادة ٣٦٧ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٤١٧ : (مطابقة للمادة ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى مع إضافة عبارة « إلا إذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » التى كان يتضمنها المشروع التمهيدى للتقنين المصرى — والحكم فى التقنين العراقى متفق مع الحكم فى التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٦١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٣٥ : إن المقاصة لا تؤثر فى حقوق شخص ثالث مكتسبة من قبل .

(وقد اقتصر التقنين اللبنانى على إيراد المبدأ دون النص على تطبيقاته . ولكن هذه التطبيقات يعمل بها فى لبنان لأنها مستمدة من هذا المبدأ) .

(٣) وقد سبق أن بينا أن المادة ٣٦٩ مدنى تقرر مبدأ مكملا لهذا المبدأ ، هو أن النزول عن المقاصة لا يجوز أن يضر بالغير ، فاذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه (أنظر آنفاً فقرة ٥٤٧) . فلا يجوز إذن الأضرار بحقوق كسبها الغير ، لا عن طريق التمسك بالمقاصة ، ولا عن طريق النزول عنها .

المبدأ : (أولهما) توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين . (والثانى) حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين للحوالة دون تحفظ .

٥٥٤ — توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين : إذا تلاقى دينان متقابلان صالحان للمقاصة ، فوقعت المقاصة بينهما ، فلا يحول دون ذلك أن يوقع حجز تحفظى على أحد هذين الدينين أو على كليهما ، حتى قبل التمسك بالمقاصة ، مادام الدينان قد توافرت فيهما شروط المقاصة قبل توقيع الحجز التحفظى . فالعبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين صالحين للمقاصة ، لا بوقت التمسك بالمقاصة .

أما إذا وقع الحجز التحفظى على دين قبل نشوء دين مقابل صالح للمقاصة به[1]، فان الدين المحجوز عليه يصبح غير قابل للمقاصة حماية لحق الدائن الحاجز . ونشوء دين مقابل لهذا الدين صالح للمقاصة بعد توقيع الحجز التحفظى على الدين لا يغير من عدم قابليته للمقاصة بعد أن تعلق به حق الغير ، إذ المقاصة لا تقع إضراراً بحقوق كسبها الغير .

فلو أن شخصاً فى ذمته دين لشخص آخر ، ووقع حجز تحفظى على هذا الدين من دائن للدائن ، ثم نشأ بعد ذلك دين للمدين فى ذمة الدائن صالح للمقاصة بالدين الأول ، فلا تقع المقاصة بالرغم من ذلك . ذلك أن فى وقوعها إضراراً بحق الدائن الحاجز ، وهو من الغير فى المقاصة . وكما أن المدين الذى وقع تحت يده الحجز لا يستطيع أن يوفى الدين المحجوز عليه للدائن بعد توقيع الحجز ، كذلك هو لا يستطيع أن يوفيه بعد توقيع الحجز بحق له فى ذمة الدائن عن طريق المقاصة .

على أنه يجوز للمدين الذى وقع الحجز تحت يده ، فامتنعت عليه المقاصة ،

---

(١) ويستوى أن ينشأ الدين المقابل بعد توقيع الحجز أو قبله ، ما دام لم يصلح للمقاصة إلا بعد توقيع الحجز (المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦ — استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠٢ — وانظر أيضاً المادة ٣٩٢ من التقنين المدنى الألمانى والتعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٣٩٢ فقرة ١ — فقرة ٢) .

أن يوقع هو أيضاً حجزاً تحفظياً تحت يد نفسه ، فيشترك بذلك مع الدائن الحاجز الأول فى اقتضاء حقه من الدين الذى فى ذمته ، ولكنه يشترك فى ذلك مع الدائن الحاجز الأول شركة الغرماء(١) .

٥٥٥ — **حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون تحفظ :** والتطبيق الثانى الذى أورده التقنين المدنى للمبدأ القاضى بعدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير ، هو حالة ما إذا وقعت حوالة لأحد الدينين المتقابلين ، فتعلق بهذا الدين حق الغير وهو المحال له(٢) . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون الحوالة قد سرت فى حق المدين بقبوله لها . فاذا قبل المدين الحوالة مع وجود حق له فى ذمة المحيل كان يستطيع أن يقاص به الدين موضوع الحوالة ، وكان قبوله للحوالة دون تحفظ ، فقد تعلق بالدين المحال به حق المحال له ، ولا يجوز بعد ذلك أن تقع المقاصة إضراراً بهذا الحق . ويستوى فى ذلك أن يكون المدين المحال عليه عالما وقت قبوله الحوالة بالحق الذى له فى ذمة المحيل وبامكان المقاصة به أو غير عالم بذلك(٣). فان كان عالما ،

---

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويعرض أول هذين التطبيقين عند توقيع حجز تحت يد المدين ، فإذا ترتب لهذا المدين دين فى ذمة دائنه المحجوز على ماله ، بعد توقيع ذلك الحجز ، امتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز . ومؤدى هذا أن الدين المحجوز لا يجوز القصاص فيه ، شأنه من هذا الوجه شأن الدين غير القابل للحجز . ولا يشترط فى هذه الحالة أن يترتب دين المدين فى ذمة دائنه بعد الحجز ، بل تمتنع المقاصة كذلك ولو كان هذا الدين قد نشأ من قبل ما دامت شروطها لم تتوافر عند توقيعه : قارن المادة ٣٩٢ من التقنين الألمانى . ويراعى أخيراً أن للدائن الذى تمتنع عليه المقاصة فى هذه الحالة أن يحجز تحت يد نفسه ، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول فى اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ .

(٣) ومع ذلك يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ، ولو كان قد قبل الحوالة أو كان محجوزاً تحت يده قبل نشوء حقه ، إذا كان هذا الحق الذى يقاص دينه به نشأ من نفس المصدر الذى نشأ منه الدين وكان من شأنه أن يحدده . فى عقد البيع إذا كان البائع مدينا بضمان عيب ودائنا

وقبل مع ذلك الحوالة دون تحفظ ، حمل ذلك منه على أنه قد نزل عن المقاصة بعد ثبوت حقه فيها ، وهذا جائز كما قدمنا . وفى هذه الحالة لايجوز له التمسك بالمقاصة ضد المحال له بعد أن نزل عنها . ويعود له بطبيعة الحال حقه نحو المحيل الذى كان قد انقضى بالمقاصة قبل النزول عنها ، إلا أن التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق لاتعود ، قياساً على الحكم الوارد فى المادة ٣٦٩ مدنى السابق ذكرها ، وهى تقضى بعدم جواز عودة التأمينات إضراراً بحقوق الغير بعد النزول عن المقاصة . أما إذا كان المدين وقت قبوله للحوالة دون تحفظ غير عالم بالحق الذى له فى ذمة المحيل . فان المقاصة مع ذلك تمتنع أيضاً ، لأنه قبل الحوالة دون تحفظ ، فتعلق حق الغير بالدين . والمقاصة لاتقع إضراراً بحق كسبه الغير كما قدمنا . ولكن يعود للمدين ، مع حقه نحو المحيل الذى عاد له ، التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ، لأن المدين لا يعتبر متنازلا عن مقاصة كان لايعلم بوقوعها ، وهذا كله قياساً أيضاً على المادة ٣٦٩ مدنى السالفة الذكر وهى تجيز عودة التأمينات إذا كان المدين يجهل وجود الحق الذى كان يصح أن يقاص به دينه .

(والفرض الثانى) أن تكون الحوالة قد سرت فى حق المدين باعلانها له لا بقبوله إياها . وفى هذا الفرض لم يكن فى استطاعة المدين تلافى الإضرار بالغير ، كما كان يستطيع فى الفرض الأول الذى قبل فيه الحوالة دون تحفظ . فقد كان يستطيع فى الفرض الأول ، إذا كان عالماً بوجود الحق ، أن ينبه المحال له إلى وقوع المقاصة ولا يقبل الحوالة . وإذا لم يكن عالماً بوجود الحق ، فان قبوله للحوالة دون تحفظ من شأنه أن يوهم المحال له أن الحوالة وقعت على محل قابل له ، فوجب أن يتحمل تبعة القبول الصادر منه دون تحفظ(١) . أما فى الفرض الثانى الذى نحن بصدده ، وهو لم يصدر منه قبول للحوالة بل أعلن بها ، فلا ذنب له ،

= بالثمن ، ووقعت المقاصة بين الدينين ، ولكن البائع حول الثمن إلى أجنبى وقبل المشترى الحوالة ، أو وقع دائن للبائع حجزاً على الثمن تحت يد المشترى قبل وقوع المقاصة ، فقبول المشترى للحوالة أو توقيع الحجز التحفظى تحت يده لا يمنعه من التمسك بالمقاصة بين الثمن وضمان العيب (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ — ٧ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٧) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٣ ص ٣٦٩ .

إذ هو لم يقبل الحوالة فيجر قبوله المحال له إلى الوهم الذى وقع فيه فى الفرض الأول . ومن ثم وجب إعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صالحين لها قبل صدور الحوالة ، وتكون الحوالة واردة على حق انقضى بالمقاصة ، فتقع باطلة . ويستطيع المدين إذن أن يحتج بالمقاصة على المحال له فى هذا الفرض ، ولا يمنعه من ذلك إلا أن يكون الحق الذى يقاص به دينه قد ثبت بعد إعلان الحوالة له ، ففى هذه الحالة لاتقع المقاصة لأن الدين المحال به لم يتلاق مع الدين المقابل ، بل انتقل إلى المحال له قبل ذلك ، فأصبح غير صالح للمقاصة(١) .

الفرع الثانى

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٥٥٦ — سكوت التقنين المدنى عن المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية: والتقنين المدنى ، عندما عرض للمقاصة ، لم يقصد إلا المقاصة القانونية التى سبق أن بسطنا أحكامها . أما المقاصة الإختيارية(٢) ، وأما المقاصة القضائية ،

---

(١) أنظر تاريخ المادة ٣٦٨ مدنى آنفاً فقرة ٥٥٣ فى الهامش — وأنظر ديرانتون ١٢ فقرة ٤٣٤ — فقرة ٤٣٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٨٤٢ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٧٥ — فقرة ٥٧٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٦٧ — هيك ٨ فقرة ١٦٥ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٤٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٥ — فقرة ١٨٨٠ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما التطبيق الثانى فيتحقق إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ . فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالمحال له ، ولو كان له أن يتمسك بها من قبل . ولا يمكن لمن يفوت عليه التمسك بالمقاصة على هذا الوجه إلا أن يرجع بدينه على المحيل ، دون أن يكون له أن يتمسك بالتأمينات التى أنشئت لضمان الوفاء بهذا الدين إضراراً بالغير . ولكن إذا كان المدين قد أعلن بالحوالة دون أن يقبلها ، فلا يحول هذا الإعلان بينه وبين التمسك بالمقاصة . وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين دين وجب له فى ذمة دائنه وبين الدين المحال به ، إذا كان دينه هو قد ترتب بعد إعلان الحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) ورد فى التقنين المدنى العراقى نص فى المقاصة الاختيارية ، هو نص المادة ٤٠٩ من هذا التقنين (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٢ فى الهامش) . ولم يرد له نظير ، لا فى التقنين المدنى المصرى ، ولا فى التقنينات المدنية العربية الأخرى .

فقد سكت عنهما ، وترك أحكامهما تسرى عليها القواعد العامة ، وبخاصة قواعد قانون المرافعات فيما يختص بالمقاصة القضائية .

وسنورد فى إيجاز أحكام كل من هذين ا عين من المقاصة ، مستمدين إياها من القواعد العامة .

المبحث الأول

المقاصة الاختيارية

(Compensation facultative ou conventionnelle)

٥٥٧ — الأحوال التى تجرى فيها المقاصة الاختيارية : قد يوجد دينان ولكن لاتتوافر فيهما كل شروط المقاصة القانونية التى أوردناها .

فقد لايكون هناك تقابل مابين الدينين ، بأن يكون أحد الدينين فى ذمة الدائن للكفيل والدين الآخر فى ذمة المدين للدائن ، وقد علمنا أن المقاصة القانونية لاتقع فى دين للكفيل فى ذمة الدائن . وقد يكون الدين فى ذمة المدين للدائن والدين الآخر فى ذمة الدائن لأجنبى ، فلا تقع المقاصة القانونية مابين الدينين لأنهما غير متقابلين .

وقد لايكون هناك تماثل فى المحل مابين الدينين ، فقد يكون محل أحد الدينين مقداراً معيناً من القطن ويكون محل الدين الآخر نقوداً أو مقداراً معيناً من القمح ، فلا تجرى المقاصة القانونية مابين الدينين لعدم التماثل فى المحل .

وقد يكون أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء بأن يكون التزاماً طبيعياً يقابله التزام مدنى ، فلا تجرى المقاصة القانونية مابين هذين الالتزامين .

وقد يكون أحد الدينين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار ، فتمتنع المقاصة القانونية مابين الدينين .

وقد يكون أحد الدينين غير مستحق الأداء بأن كان مضافاً إلى أجل ، فلا تجرى المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل مستحق الأداء .

وقد يكون أحد الدينين غير قابل للحجز كدين النفقة ، فتمتنع المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل قابل للحجز .

وقد يكون أحد الدينين مما لاتجرى فيه المقاصة القانونية استثناء ، كأن يكون شيئاً نزع دون حق من مالكه أو شيئاً مودعاً أو معارا .

وقد استعرضنا فيما قدمناه الأسباب المختلفة التي تمنع من وقوع المقاصة القانونية ، سواء كان ذلك يرجع لاختلال شرط من شروط هذه المقاصة أو يرجع لعدم صلاحية الدين نفسه للمقاصة لاعتبار خاص فيه .

وهذه الأسباب المختلفة ترجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين أو إلى رعاية مصلحتهما معاً ، لأن المقاصة القانونية إنما شرعت لمصلحة خاصة ، فهى ليست من النظام العام كما قدمنا .

فاذا تبين أن سبباً منها يرجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين ، ونزل هذا الطرف عن حقه ، فيكفى أن يعلن إرادته فى إجراء المقاصة حتى تجرى ، ولكنها تجرى مقاصة اختيارية لا مقاصة قانونية . وإذا تبين أن السبب يرجع إلى رعاية مصلحة كل من الطرفين ، فلابد أن يتفق كلاهما على إجراء المقاصة ، ولا يكفى رضاء أحدهما ، فاذا اتفقا أجريت المقاصة اختيارية لا قانونية(١) .

ولنستعرض الآن مرة أخرى الأحوال التى قدمناها ، لنرى كيف تتم المقاصة الاختيارية فى كل منها ، أتتم بارادة أحد الطرفين أم لاتتم إلا باتفاقهما .

فأما إذا لم يوجد تقابل بين الدينين ، كأن يكون أحد الدينين فى ذمة الدائن للكفيل أو فى ذمة الدائن لأجنبي ، فانه إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة

---

(١) على أن للمقاصة الاختيارية حدوداً لا تتخطاها إرادة الطرفين ، وهذه هى منطقة النظام العام . فهى لا تجوز بعد شهر الإفلاس ، بل ولا فى المدة المشتبه فيها . كذلك لا يجوز أن يجريها رب العمل فى الديون التى له على العمال يقاص بها مرتباتهم وأجورهم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٤) .

بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للكفيل ، فان الكفيل له أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المكفول والدين الذى له فى ذمة الدائن ، وبذلك تتم مقاصة اختيارية مابين الدينين أجراها الكفيل بارادته وحده ، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة(١) . كذلك إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للأجنبى ، فان الأجنبى يستطيع بارادته وحده أن يجرى مقاصة اختيارية بين الدين الذى فى ذمة الدين للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن له ، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة(٢) .

وإذا لم يوجد تماثل فى المحل مابين الدينين ، كأن يكون محل أحدهما قطناً ومحل الآخر قمحاً أو نقوداً ، كان من الممكن إجراء المقاصة الاختيارية ، بأن يتفق الطرفان معاً على إجراء هذه المقاصة مابين الدينين وإن لم يتماثل المحل فيهما . وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحة كل من الطرفين ، فنزلا عن هذه المصلحة باتفاقهما(٣) .

وإذا كان أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء ، كالالتزام الطبيعى ، جاز للملتزم بارادته وحده أن يجرى المقاصة الاختيارية بين هذا الالتزام الطبيعى الذى عليه لدائنه والتزام مدنى فى ذمة دائنه له . ذلك أن المقاصة القانونية إنما امتنعت رعاية لمصلحته وحده ، وقد نزل عن هذه المصلحة .

وإذا كان أحد الدينين غير خال من النزاع ، أمكن المدين فى هذا الدين

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش وفقرة ٥٥٠ .

(٢) بل يستطيع الأجنبى أن يحول حقه قبل الدائن إلى المدين ، ويكفى إعلان الدائن لتكون الحوالة نافذة فى حقه . فاذا تمت الحوالة أصبح المدين دائناً لدائنه ، فوقعت المقاصة القانونية بين الدينين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ ص ٢٢٥) — أنظر فى ذلك : لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٦ — فقرة ٧٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ — عكس ذلك : ديرانتون ١٢ فقرة ١٧ — لوران ١٨ فقرة ٢٠ .

وكذلك يستطيع الأجنبى أن يقبل حوالة الدين الذى فى المدين إلى ذمته ، برضاء الدائن أو بإقراره وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين ، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له ، فتقع المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش) .

(٣) أنظر تطبيقاً تشريعياً فى التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ٢/١٢٩١ من هذا التقنين . وأنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٣ .

أن ينزل عن المنازعة فيه ، فيجرى بارادته وحده المقاصة الاختيارية بين الدينين . كذلك إذا كان أحد الدينين غير معلوم المقدار ، أمكن الطرفين معاً أن يحددا مقداره ، وأن يجريا المقاصة الاختيارية بين الدينين باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين مضافاً إلى أجل والدين الآخر مستحق الأداء ، فمن كان الأجل فى مصلحته له أن ينزل عنه . فان كان هو المدين أو كان هو الدائن ، أجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده . وإن كان الأجل لمصلحة الطرفين معاً ، أجريت المقاصة الاختيارية باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز ، كأن كان على الدائن بالنفقة دين فى ذمته لمدينه ، جاز لهذا الدائن أن يجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده بين دين النفقة الذى له والدين الذى فى ذمته .

وإذا كان أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية ، كأن كان شيئاً نزع دون حق من مالكه أو كان شيئاً مودعاً أو معاراً ، جاز لمن نزع منه ملكه أو للمودع أو للمعير أن يجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده بين الدينين .

ونرى من ذلك أن المقاصة الاختيارية يمكن إجراؤها حيث يقوم مانع من وقوع المقاصة القانونية ، ويكون هذا المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد الطرفين أو كليهما . فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة ، فيتم إجراء المقاصة الاختيارية بارادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الأحوال(١).

٥٥٨ — الآثار التى تترتب على المقاصة الاختيارية : رأينا أن المقاصة القانونية تقع بمجرد تلاقى الدينين . بل إن المقاصة التى تتم باعلان عن الإرادة ، فى القوانين الجرمانية ، تقضى الدينين من وقت تلاقيهما بأثر رجعى. وهذا بخلاف المقاصة الاختيارية ، فانها لا تنتج أثرها إلا من وقت إعلان صاحب المصلحة إرادته فى إجرائها . فلا تستند إلى الماضى ، ولا ينقضى الدينان من وقت تلاقيهما ، بل من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها ، إرادة أحد

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٢ .

الطرفين أو إرادة كل منهما بحسب الأحوال(١).

وتقضى المقاصة الاختيارية الدينين معاً كما تقضيهما المقاصة القانونية ، فتنقطع الفوائد ، وتزول التأمينات . ولا يجوز الرجوع فى المقاصة الاختيارية ، ولوكانت قد تمت بإرادة أحد الطرفين ، إلا باتفاقهما معاً . وإذا اتفق الطرفان على الرجوع فيها ، لم يضار الغير بذلك ، فلا تعود التأمينات التى تكون قد زالت ، توقياً للإضرار بحقوق الغير(٢).

ولا يجوز أن تتضمن المقاصة الاختيارية وفاء جزئياً يجبر عليه الدائن . فلا يجوز إجراء مقاصة اختيارية بين دينين غير متساويين ، إلا برضاء الدائن بالدين الأكبر ، وقد قدمنا أن الوفاء الجزئى لا يجوز إلا برضاء الدائن(٣).

المبحث الثانى

المقاصة القضائية

(Compensation judiciaire ou reconventionnelle)

٥٥٩ — الأموال التى تجرى فيها المقاصة القضائية : تجرى المقاصة القضائية أمام القضاء بدعوى عارضة من المدعى عليه كما سنرى . ولا بد أن

---

(١) نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٧٣ — لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٦ — لوران ١٨ فقرة ٤٦٩ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٥ .

وإذا وقع نزاع فى صحة إجراء المقاصة الاختيارية ، حسم القاضى النزاع . ولكن لا تنقلب المقاصة الاختيارية بذلك إلى مقاصة قضائية ، فإن القاضى لا يملك فى المقاصة الاختيارية سلطة تقديرية ، بل يتعين عليه أن يقضى بوقوعها إذا كانت شروطها متوافرة . وهو يملك هذه السلطة التقديرية فى المقاصة القضائية ، كما سنرى . وإذا رفع الدائن على المدين دعوى الدين ، وأراد المدين إجراء المقاصة الاختيارية ، لم يكن فى حاجة إلى رفع دعوى فرعية كما هو الأمر فى المقاصة القضائية على ماسنرى ، بل يكفى أن يتقدم إلى المحكمة طلباً بذلك (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦ ص ٢٢٦ .

(٣) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٦٤ — هيك ٨ فقرة ١٧٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٤ — عكس ذلك لاروميبير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٤ .

تكون فى دينين متقابلين(١) تمتنع فيهما على المدعى عليه المقاصة القانونية ، وتتعذر المقاصة الاختيارية . ذلك أنه لوكانت المقاصة القانونية جائزة، لوقعت من تلقاء نفسها بحكم القانون ومن وقت تلاقى الدينين ، ولما احتاج المدعى عليه أن يرفع بها دعوى عارضة ، بل لا قتصر على الدفع بالمقاصة القانونية ، ولتحتم على القاضى الحكم بها متى ثبت له وقوعها . وكذلك لوكانت المقاصة الاختيارية ممكنة للمدعى عليه لاستطاع بارادته وحده أن يجرى هذه المقاصة فتقع من وقت إعلان هذه الإرادة ، ولما احتاج إلى دعوى عارضة ، بل اقتصر على الدفع بوقوع المقاصة الاختيارية ، فتحتم على القاضى الحكم بها .

فالمقاصة القضائية تكون إذن فى الأحوال التى لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التى روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لأمكن هذا أن ينزل عنها وأن يجرى المقاصة الاختيارية بدلا من الالتجاء إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيداً . ويبدو أن المقاصة القضائية تكون حيث يتخلف من شروط المقاصة القانونية أحد شرطين : الخلو من النزاع ومعلومية المقدار(٢) . فتقابل الدينين وصلاحيتهما للمطالبة بهماقضاء وقابليتهما للحجز واستحقاقهما للأداء(٣)، كل

(١) ولا يشترط أن يكون بين الدينين أية رابطة (لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢٠ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٨٩ — فقرة ٦٩٠ — لوران ١٨ فقرة ٤٨١) . ولكن القضاء البلجيكى يشترط وجود رابطة بين الدينين (أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٠) .

(٢) ولما كان التقنين المدنى الألمانى يجيز المقاصة القانونية فى الديون غير الخالية من النزاع (انظر آنفاً فقرة ٥٣٦ فى الهامش) ، فقد أصبحت المقاصة القضائية ليس لها إلا محل محدود جداً فى هذا التقنين (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٣٨٧ فقرة ٢ — فقرة ٣) .

(٣) على أن هناك طريقة عملية لمقاصة دين مؤجل فى دين مستحق الأداء ، إذا رأى القاضى فى ظروف معينة أن هذه المقاصة عادلة . وسبيله إلى ذلك أن يمنح المدين فى الدين المستحق الأداء نظرة الميسرة ، ويجعل النظرة تمتد إلى وقت حلول الأجل فى الحق الذى للمدين على الدائن . فتنقضى نظرة الميسرة فى الدين فى الوقت الذى يحل فيه الأجل فى الحق ، فيصبح الدينان مستحقى الأداء ، فيتقاصان (انظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٢) .

هذه شروط لابد من توافرها حتى فى المقاصة القضائية ، ولا يتصور أى نوع من المقاصة بدونها . كذلك التماثل فى المحل ما بين الدينين لابد منه حتى فى المقاصة القضائية ، فبدون التماثل لا يمكن القاضى أن يستنزل أحد الدينين من الدين الآخر ، وليس أمامه إلا أن يقضى بالدينين جميعاً ، وهذه ليست مقاصة (١). فلا يبقى إذن إلا أن يكون الدينان خاليين من النزاع معلومى المقدار وهذان شرطان يمكن أن يتخلف أحدهما أو كلاهما ، وهنا يلجأ المدعى عليه إلى المقاصة القضائية ، إذا تعذرت عليه المقاصة الاختيارية بأن يكون حسم النزاع فى الدين أو تحديد مقداره متوقفاً على رضاء الطرف الآخر ويأبى هذا أن يتفق معه .

فاذا رفع المدعى دعوى يطالب فيها المدعى عليه بدين معلوم المقدار بموجب سند مكتوب ، فادعى المدعى عليه أن له فى ذمة المدعى تعويضاً وطلب المقاصة به فنازع المدعى فى التعويض أو سلم به ولكنه دفع بأنه تعويض لم يقدر ، فهنا لايستطيع المدعى عليه أن يدفع دعوى المدعى . لا بالمقاصة القانونية لأن شروطها لم تتوافر ، ولا بالمقاصة الاختيارية لأن الشرط المتخلف لا يستطيع المدعى عليه وحده أن ينزل عنه بل لابد من رضاء المدعى وهو يأبى . فلايبقى أمام المدعى عليه إلا المقاصة القضائية ، يلجأ إليها على الوجه الذى نتولى الآن بيانه(٢).

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٦ — جوسران ٢ فقرة ٩٤٤ — دى باج ٣ فقرة ٦٦٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٠٠ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ .

(٢) وقد يكون الدين الذى للمدعى هو أيضاً محل نزاع أو غير معلوم المقدار ، ومن أجل ذلك رفع به الدعوى . فإذا تنازع شخصان ، ورفع كل منهما على الآخر دعوى تعويض ، جاز للقاضى أن يجرى المقاصة القضائية بين الطلبين . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذ تطاول كل من طرفى الخصوم على صاحبه بالقذف ، وطلب كلاهما من الآخر تعويضاً ، جاز للمحكمة الحكم بسقوط حق كل منهما قبل الآخر لتكافؤ السيئات (١٢ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٥٢) .

٥٦٠ – كيف تجرى المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار:
لاتكون المقاصة القضائية إلا فى صورة دعوى أمام القضاء ، وهى عادة تكون عارضة (demande reconventionnelle) يرفعها المدعى عليه على المدعى يدفع بها الدعوى الأصلية(١) . وقد نصت المادة ١٥٢ من تقنين المرافعات على هذه الدعوى صراحة ، إذ تقول : « للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة : (١) طلب المقاصة القضائية . . . » .

ويطلب المدعى عليه فى هذه الدعوى العارضة من القاضى أن يسقط قصاصاً الدين المطلوب منه فى دين يدعيه على المدعى ، بأن يفض النزاع فى خصوص هذا الدين الذى يدعيه على المدعى إذا كان الدين متنازعاً فيه ، أو أن يعين مقدار هذا الدين إذا لم يكن معلوم المقدار ، ثم يجرى المقاصة القضائية بعد ذلك(٢) .

وللقاضى حرية كاملة فى تقدير هذا الطلب الذى يتقدم به المدعى عليه فى دعواه العارضة . فقد يرى منذ البداية أن هذه الدعوى العارضة ليس لها أساس واضح ، فيرفض النظر فيها ويقتصر على النظر فى الدعوى الأصلية ، ويبقى للمدعى عليه أن يرفع دعوى مستقلة بما يدعيه من الدين إذا شاء . وقد يرى القاضى أن الدعوى العارضة لها أساس ، ولكنها من التعقيد والغموض بحيث تكون فى حاجة إلى تحقيق واسع وإجراءات طويلة من شأنها أن تعطل الفصل فى الدعوى الأصلية ، فيرفض هنا أيضاً النظر فيها ، مع الدعوى الأصلية ،

---

(١) ويجوز أن يبادر الطرف صاحب الحق المتنازع فيه أو غير معلوم المقدار إلى رفع دعوى أصلية بحقه ، دون أن ينتظر رفع دعوى عليه من الطرف الآخر ، وذلك حتى يصل من طريق القضاء إلى حسم النزاع فى حقه أو إلى تحديد مقداره ، تمهيداً لإجراء المقاصة . وفى هذه الحالة يحسن به أن يحتاط ، فيبادر عند رفع الدعوى إلى توقيع حجز تحت يد نفسه على الدين الذى فى ذمته للطرف الآخر ، حتى لا يعمد هذا إلى التصرف فيه ، كأن يحوله إلى آخر قبل أن تصبح المقاصة ممكنة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٦) .

(٢) ولا يجوز للمدعى أن يدفع هذه الدعوى العارضة بدعوى عارضة أخرى ، إلا إذا كانت الدعوى العارضة الأولى من شأنها إذا نجحت ألا تقتصر على استنفاد الدين الذى له ، بل تزيد على هذا الدين فتجعل المدعى مديناً للمدعى عليه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٢ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٢) .

مستبقياً إياها للفصل فيها بعد ، أو تاركاً للمدعى عليه أن يرفع بطلبه دعوى مستقلة(١) . وقد يرى القاضى أخيراً أن الدعوى العارضة مما يتيسر البت فيه مع الدعوى الأصلية ، فينظر الدعويين معاً(٢) ؛ وقد يرفض إحداهما دون الأخرى ، أو يرفضهما معاً ، أو يقبلهما معاً ، بحسب الأدلة التى تتقدم بها الخصوم . وإلى كل ذلك تشير المادة ١٥٥ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أن « تحكم المحكمة على وجه السرعة فى كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل . ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل ارجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها . وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك ، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه(٣) » .

---

(١) فلا يعطل القاضى دون مقتضى الفصل فى الدعوى الأصلية ، وبخاصة إذا كان غير مختص بنظر الدعوى العارضة اختصاصاً نوعياً (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٣٧) ، أو رأى أن الدعوى العارضة إنما أريد بها تعطيل الدعوى الأصلية : استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٧ — ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ — ٩ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٥ — ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٤٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٤٦ — ٢ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٦ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٦٨ — ١٠ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٤ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ — ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٥ — ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٨ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٠ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٨ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦٧ — ١١ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ — ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ — ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٩ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٠ .

ولا تقبل دعوى عارضة للمقاصة فى حق ملكية مرفوع به دعوى أصلية : استئناف مختلط ٣١ مارس ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٤ .

(٢) وبخاصة إذا كانت الدعوى العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً وثيقاً ، فإن هذا يهيىء جواً مناسباً لقبول النظر فيها ، والفصل فى الدعويين معاً لإجراء المقاصة إن كان لها وجه : استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٠ . وأنظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢١ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ٩٩ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٩ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢ .

(٣) وقد يوقف القاضى الدعوى الأصلية ، حتى يترك للمدعى عليه فرصة لتصفية الحق الذى له فى ذمة المدعى ، تمهيداً لإجراء المقاصة : استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ =

فاذا قبل القاضي كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة، بعد أن فض النزاع فى شأن الدين الذى يدعيه المدعى عليه فى ذمة المدعى أو بعد أن عين مقداره ، فانه يجرى المقاصة القضائيـة بين الدينين بعد أن أصبحت المقاصة ممكنة . فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، كما فى المقاصة القانونية . فاذا كان دين المدعى هو الأكبر ، قضى له بما زاد به دينه . وإذا كان دين المدعى عليه هو الأكبر ، قضى للمدعى عليـه بالزيادة . وإذا كان الدينـان متساويين ، قضى بايقاع المقاصة فى كل من الدينين وبانقضائهما معاً .

وحكم القاضي هو الذى ينشىء المقاصة القضائية، ومن ثم لاتقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها، لا من وقت رفع الدعوى العارضة ، لأن الحكم هنا منشىء وليس كاشفاً . وفى هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونيـة التى تقع من وقت تلاقى الدينين ، والمقاصة الاختيارية التى تقع من وقت إعلان الارادة فى إجرائها(١) .

= ص ١٩٦ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٨ . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن ليس للدائن الذى دينه معلوم المقدار أن يجرى تنفيذ حكمه ، بل يجب عليه الانتظار حتى يصفى الدين الذى لمدينه فتحصل المقاصة (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣١ ص ١٢٢) .

(١) لوران ١٨ فقرة ٤٧٦ — هيك ٨ فقرة ١٧٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٤ — فقرة ١٨٩٥ — على أن عدداً كبيراً من الفقهاء يذهبون إلى أن المقاصة القضائية كاشفة لامنشئة فتستند إلى وقت رفع الدعوى العارضة (لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢٦ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٩١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٧) . ويذهب البعض إلى جعل المقاصة القضائية كاشفة فيما بين الطرفين ، ومنشئة بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً على أحد الدينين (أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٣٨) .

وكان القضاء المختلط منقسما فى هذه المسألة ، فبعض الأحكام تذهب إلى أن المقاصة القضائية كاشفة تستند إلى وقت تلاقى الدينين (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢ — ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧)، وأحكام أخرى تذهب إلى أنها منشئة تحدث أثرها وقت صدور الحكم (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ — ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) . وهناك حكم يقضى بأنه إذا كان النزاع فى الدين مما يسهل فضه ، وجب اعتبار الدين غير متنازع فيه ويصلح للمقاصة القانونية (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٧) . ولعل هذا الحكم هو الذى يرفع التعارض ما بين الأحكام المتقدمة الذكر . فإذا كان النزاع مما يسهل فضه فى يسر وسرعة اعتبر الدين غير متنازع فيه وكانت المقاصة قانونية =

ويترتب على إجراء المقاصة القضائية من الآثار ما يترتب على المقاصة القانونية . فينقضى الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما كما بينا ، وتنقطع الفوائد وذلك من وقت صدور الحكم بالمقاصة ، وتزول التأمينات التي كانت تكفل أيا من الدينين وذلك أيضا من وقت صدور الحكم ، ولكن لا يسرى زوال التأمينات فى حق الغير إلا بالتأشير بذلك فى هامش القيد .

= ترجع إلى يوم تلاق الدينين، أما إذا كان النزاع لا يسهل فضه اعتبر الدين متنازعاً فيه وكانت المقاصة قضائية تحدث أثرها وقت صدور الحكم النهائى . على أنه يلاحظ — بفرض التسليم أن القاضى فى المقاصة القضائية إنما يقتصر على استكمال شروط المقاصة القانونية ، وأنه متى توافرت هذه الشروط وقعت المقاصة بحكم القانون — أن هذه الشروط لا تستكمل فعلا إلا وقت صدور الحكم ، فلا تقع المقاصة إلا فى هذا الوقت ، سواء اعتبرت مقاصة قضائية أو مقاصة قانونية (قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ ص ٣٧٢) .

الفصل الرابع

اتحاد الذمة (*)

(Confusion)

٦٥١ — مقارنة بين اتحاد الذمة والمقاصة : يتحقق اتحاد الذمة إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد(١). فالمفروض إذن أن هناك ديناً واحداً ، فورث الدائن المدين أو ورث المدين الدائن ، أو تحقق أى سبب قانونى آخر غير الميراث نقل إلى الدائن صفة المدين أو نقل إلى المدين صفة الدائن ، فاجتمع بذلك فى شخص أحد طرفى الدين صفتا الدائن والمدين . وتعذر إذن على هذا الشخص أن يمارس حقه ، إذ هو دائن ومدين ، ولايستطيع أن يطالب نفسه بالدين . ومن ثم ينقضى الدين ، أو فى الصحيح يقف نفاذه ، لهذا الضرب من الشلل الذى اعتراه(٢)، كما سنرى .

* مراجع : مولان (Moulin) شراء الشركة لأسهمها رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — لاجارد (Lagarde) شراء الشركة لأسهمها — لابيه (Labbé) بحث فى بعض الصعوبات الخاصة بضياع الشيء المستحق وباتحاد الذمة فى القانون الرومانى .

(١) وكما يتحقق اتحاد الذمة (confusion) فى الديون ، يتحقق أيضاً فى الحقوق العينية ويسمى بالتجمع أو الإدغام (consolidation) . فينتهى حق الارتفاق باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق فى يد مالك واحد (١٠٢٦ مدنى) . وينتهى حق الرهن الحيازى إذا اجتمع مع حق الملكية فى يد شخص واحد (م ١١١٣ مصرى) . وينتهى حق الانتفاع إذا اجتمع مع حق الرقبة فى يد شخص واحد ، بأن مات صاحب الرقبة وورثه صاحب حق الانتفاع . انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٣٣ . وانظر فى القانون المدنى العراقى فى هذه المسألة مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص٢٠٠ وص ٢٠٨ — ص٢١١ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والواقع أن هذا الأثر أقرب فى حقيقته إلى شل حكم الاستحقاق ، وهو المطالبة ، منه إلى معنى الانقضاء . فالالتزام يعود إلى الوجود، إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة زوالا مستنداً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١ . وانظر أيضاً ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) .

ويتبين مما تقدم أن هناك فرقاً جوهرياً بين اتحاد الذمة والمقاصة . ففى اتحاد الذمة لا يوجد إلا دين واحد(١) اجتمع فى أحد طرفيه صفتا الدائن والدين ، فوقف نفاذه . أما فى المقاصة فقد رأينا أنه يوجد دينان متقابلان لا دين واحد ، ولكن الدائن فى الدين الأول هو المدين فى الدين الآخر والدائن فى الدين الآخر هو المدين فى الدين الاول . فيوجد إذن فى المقاصة شخصان : دائن هو مدين ، ومدين هو دائن . أما فى اتحاد الذمة بعد تحققها فلا يوجد إلا شخص واحد ، هو دائن ومدين فى وقت واحد . والمقاصة تقضى الدينين المتقابلين ، كما فى الوفاء . أما اتحاد الذمة فلا يقضى الدين الواحد الذى اتحدت الذمة فيه ، بل يقف نفاذه(٢).

٥٦٢ — الأهمية المحدودة لاتحاد الذمة : وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ليس لاتحاد الذمة حظ موفور من الأهمية من الناحية العملية . وقد أغفله التقنين الألمانى ، ولو أنه أقره بطريق ضمنى . ذلك أن واضعى هذا التقنين اعتبروه سبباً طبيعياً لانقضاء الالتزام من حيث هو حتم تقتضيه طبيعة اجتماع صفتى الدائن والمدين فى الشخص الواحد ، وانتهوا إلى أن أثره يتفرع لزاماً على جوهر الالتزام ذاته : تعليقات على التقنين الألمانى ١ ص ٥٥١) (٣).

وهناك سبب آخر — فى مصر — يجعل اتحاد الذمة محدود الأهمية من الناحية

---

(١) قارن المادة ١٣٠٠ من التقنين المدنى الفرنسى وهى تتحدث فى اتحاد الذمة عن دينين خطأ (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٣٤ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ — وجاء فى الموجز : « والذى يحدث الشبهة هو أن الشخص الواحد ، فى كل من اتحاد الذمة والمقاصة ، يصبح دائناً ومديناً . لكن يلاحظ أن الشخص فى اتحاد الذمة يصبح دائناً ومديناً فى دين واحد ، أما فى المقاصة فإنه يكون دائناً فى دين ومديناً فى دين آخر » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ ص ٦١٦) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ — وقد أغفل التقنين الألمانى ذكر سببين لانقضاء الالتزام كان من المألوف ذكرهما منذ عهد القانون الرومانى ، وهما التجديد واتحاد الذمة . وكان اتحاد الذمة مذكوراً فى المشروع الأول من التقنين الألمانى ، ولكنه حذف فى المشروع الثانى باعتبار أنه أمر تقتضيه طبائع الأشياء ، فلا حاجة إلى ذكره (تعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول ص ٥١١) .

العملية . ذلك أن اتحاد الذمة يتحقق ، أكثر ما يتحقق ، عن طريق الميراث . وله صورتان : (الصورة الأولى) حيث يرث المدين الدائن ، فتكون التركة هي الدائنة للمدين ، ويرث المدين هذا الحق الذي للتركة ، فتتحد الذمة في الدين . وهذا صحيح في مصر ، لأن قواعد الفقه الإسلامي – وهي التي تطبق في الميراث – تقره ، فتنتقل إلى الورثة الحقوق التي للتركة . (والصورة الثانية) حيث يرث الدائن المدين ، فتكون التركة هي المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . وهنا تأبى قواعد الفقه الإسلامي أن تتحد الذمة في الدين ، إذ أن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة ، فالديون لا تورث ، ولا تركة إلا بعد سداد الدين . فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن ، ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون ، فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة في هذه الصورة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « ورغم أن نصيب هذا النظام من الأهمية في مصر جد ضئيل ، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقر أحد تطبيقيه الرئيسيين ، فقد أفرد له المشروع مادتين (أدمجتا بعد ذلك في مادة واحدة) ، تناول في أولاهما تحديد نطاقه ، واستظهر في الثانية معنى الأثر المترتب عليه »(١).

فنبحث إذن في اتحاد الذمة موضوعين :

(أولا) كيف يتحقق اتحاد الذمة ، فنحدد بذلك نطاقه .

(ثانياً) الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة .

الفرع الأول

كيف يتحقق اتحاد الذمة

٥٦٣ – عن طريق الميراث : أكثر ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث كما قدمنا . فيكون هناك شخص مدين لآخر ، وهو في الوقت ذاته وارثه . فاذا مات الدائن ، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين . فاذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١ .

فرضنا أن المدين هو الوارث الوحيد للدائن ، فانه يرث كل الدين الذى للتركة فى ذمته ، فيصبح دائناً فى هذا الدين نفسه ، وتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، فينقضى الدين أو يقف نفاذه عن طريق اتحاد الذمة . وإذا كان المدين هو أحد وارثين يرث كل منهما النصف ، فقد ورث من الدين نصفه ، فاتحدت الذمة فى هذا النصف ، فانقضى أو وقف نفاذه . أما النصف الآخر من الدين ، فيبقى المدين ملتزماً به نحو الوارث الآخر .

وإذا كان الدائن هو الوارث للمدين ، ومات المدين ، فقد أصبحت تركته مدينة للدائن . وسواء كان الدائن هو الوارث الوحيد للمدين أو هو أحد الورثة ، فانه طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وهى التى تسرى فى الميراث ، وإن كان يرث الدين الذى للتركة ، لا يرث الدين الذى على التركة . ومن ثم لا بد من سداد الدين أولا ، فيستوفى الدائن هذا الدين من التركة . وعند ذلك تصبح التركة خالية من الديون ، فيرثها الدائن وحده أو مع غيره . ومن أجل ذلك لا يتهيأ فى هذه الصورة ، كما قدمنا ، أن تتحد الذمة فى الدين الذى على التركة . بل يتقاضى الدائن حقه أولا من التركة ، فينقضى بطريق الوفاء لا بطريق اتحاد الذمة ، ثم يرث الدائن التركة بعد ذلك خالية من الديون (١) . وهذا بخلاف القانون الفرنسى ، إذ يرث الدائن فى هذه الصورة الدين الذى على التركة إذا كان قد قبل الميراث دون قيد ، فتتحد الذمة فى الدين كما فى الصورة الأولى (٢) . أما إذا

---

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) وقد جاء فى الموجز : « وإذا كان الفرق بين القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية واضحاً فى هذه المسألة ، فيتحقق اتحاد الذمة فى القانون الفرنسى ولا يتحقق فى الشريعة الإسلامية ، فإن النتيجة واحدة فى الشريعتين . ونوضح ذلك بمثل : تركة المورث قدرها ألفان ، وله وارثان لكل منهما النصف ، وعليه دين لأحد الوارثين قدره ألف . فى القانون الفرنسى يرث الوارث الدائن ألفا ، ويرث إلى جانب ذلك نصف الدين (أى خمسمائة) ، فتتحد ذمته فى هذا النصف ، ويرجع بالنصف الباقى من الدين على الوارث الثانى . فيكون مجموع ما ناله من الألف التى ورثها والخمسمائة التى رجع بها على الوارث الثانى . وهذا ما يناله أيضاً فى الشريعة الإسلامية ، دون أن يكون هناك اتحاد ذمة فى نصف الدين . فإن الوارث فى هذه الشريعة يبدأ باستيفاء حقه من التركة ، فينال ألفا باعتباره دائناً ، والألف الباقية ينال منها خمسمائة باعتباره وارثاً . لكن يلاحظ أن الوارث فى القانون الفرنسى قد نال ألفاً باعتباره وارثاً وخمسمائة باعتباره دائناً . أما فى الشريعة =

قبل الميراث مع اشتراط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) ، فانه يصبح في وضع مماثل لوضع الوارث في الشريعة الإسلامية ، فلا تتحد الذمة ، بل يتقاضى الدائن أولا الدين من التركة ، ثم يرث التركة بعد تصفيتها من الديون (١).

٥٦٤ — عن طريق الوصية : وقد يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الوصية ، ويكون الموصى له إما خلفاً عاماً وإما خلفاً خاصاً .

فيكون الموصى له خلفاً عاماً إذا أوصى الدائن لمدينه بثلث تركته مثلا ، فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصى مديناً للتركة بالدين وموصى له بثلث التركة . فينتقل إليه من الدين ثلثه ، ويكون مديناً به بحكم المديونية السابقة ودائناً له بحكم الوصية . فتتحد الذمة في ثلث الدين ، ويبقى ثلثاه في ذمته ديناً للتركة . أما إذا كان المدين هو الذي أوصى للدائن بثلث تركته ، فان الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائناً للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثلث التركة . ويجب ، طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، سداد دين التركة أولا ، فيستوفى الدائن منها مبلغ الدين . وينقضى الدين بالوفاء لا باتحاد الذمة ، ثم يستولى الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خالية من الديون .

ويكون الموصى له خلفاً خاصاً إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذى له في

= الإسلامية فقد نال ألفاً باعتباره دائناً وخمسمائة باعتباره وارثاً . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج العملية . من ذلك أن الوارث في الشريعة الإسلامية قد يحرم من الميراث ، لقتله المورث مثلا ، فيحرم من الخمسمائة التي نالها باعتباره وارثاً ، لا من الألف التي نالها باعتباره دائناً . ومن ذلك أيضاً أن الوارث إذا دفع ضريبة على الميراث ، يدفع الضريبة باعتبار أن ما ورثه خمسمائة لا ألف» (الموجز للمؤلف فقرة ٩٤ه ص ٦١٦ وهامش رقم ١) . وانظر في هذا المعنى في القانون المدني العراقي مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٤ — ص ٢٠٦ .

(١) وإذا كانت الدولة هي الوارثة لانعدام الوارث ، وجب اعتبارها في وضع الوارث الذي قبل الميراث مع اشتراط الجرد . فتسدد أولا الديون التي على التركة من أموال التركة ، وما بقي من هذه الأموال بعد سداد الديون تتملكه الدولة . فإذا كانت الدولة دائنة للتركة ، تقاضت أولا الدين الذي لها . فإذا كانت التركة لا تفي بالدين ، رجعت بالباقي على الكفلاء (توليه ٧ فقرة ٤٣٤ — ديرانتون ١٢ فقرة ٤٧٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٩٣ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٠٢) .

ذمته . فيكون المدين ، بعد موت الدائن ، مديناً للتركة بحكم مديونيته السابقة ، ودائناً فى نفس الدين بحكم الوصية . فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، وتتحد الذمة فى الدين . ولا يتصور هنا أن يوصى المدين للدائن بالدين الذى فى ذمته له ، إذ هو دين عليه ، لا حق له ، حتى يوصى به .

٥٦٥ — عن طريق التصرف القانونى ما بين الأحياء : وقل أن تجتمع صفتا الدائن والمدين فى الشخص الواحد عن طريق التصرف القانونى ما بين الأحياء . ومع ذلك فهناك مثل أورده المشرع ، إذ نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدنى على ما يأتى : « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فهذا دين متنازع فيه فى ذمة المدين للدائن . وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر ، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له . فيصبح المدين ، بفضل هذا الاسترداد ، دائناً لنفسه ، وتتحد الذمة فى الدين . والواقعة التى أدت إلى اتحاد الذمة هنا هى تصرف قانونى ما بين الأحياء ، فان استرداد (retrait) المدين للدين ينطوى كالشفعة على تصرف قانونى .

والمثل الآخر الذى يورده الفقه عادة لتصرف قانونى ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد الذمة هو مثل الكمبيالة التى قبلها المسحوب عليه ، فأصبح مديناً بقيمتها . وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها المسحوب عليه ، فتصبح ملكه ، ومن ثم يصير دائناً لنفسه . فتجتمع صفتا المدين والدائن ، وتتحد الذمة فى الدين . وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب له للكمبيالة ، وهذا تصرف قانونى ما بين الأحياء (١) .

---

(١) لارومبيير ٥ م ١٣٠٠ فقرة ٥ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٨ ص ٢٣٥ .
ويتحقق اتحاد الذمة أيضاً بتصرف قانونى ما بين الأحياء إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة ، فيصبح دائناً ومديناً بالأجرة (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٤) . لكن إذا كان المستأجر قد رهن حقه الشخصى الثابت بموجب عقد الإيجار قبل أن يشترى العين المؤجرة ، فإن شراءه العين —

٥٦٦ — كل الديون قابلة للانقضاء باتحاد الذمة : وكل دين قابل لاتحاد الذمة فيه على الوجه الذى بيناه . تستوى فى ذلك كل الديون ، أياً كان مصدرها . فسواء كان الدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص فى القانون، فهو قابل لاتحاد الذمة فيه، متى اجتمعت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد . وتستوى أيضاً فى ذلك كل الديون، أياً كان الوصف الذى يلحق بها . فيصح اتحاد الذمة فى الدين البسيط ، وفى الدين المضاف إلى أجل، وفى الدين المعلق على شرط واقف ، وفى الدين المعلق على شرط فاسخ . إلا أنه إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الدين ، وزال معه اتحاد الذمة (١) .

ويصح أن تتحد الذمة فى الدين المدنى وفى الدين الطبيعى . فى الدين الطبيعى ، إذا ورث المدين الدائن ، فقد اجتمعت صفتا المدين والدائن فيه ، فاتحدت الذمة ، شأنه فى ذلك شأن الدين المدنى (٢) . ولا يقال إن فى هذا أثراً جديداً يترتب على الالتزام الطبيعى ، فان اتحاد الذمة ليس إلا استجابة لطبائع الأشياء ، فيخضع له كل التزام (٣) .

= — وما استتبعه من اتحاد الذمة — لا يضر بحق الدائن المرتهن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٠) .

ومن الأمثلة على تحقق اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، ماقضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا حصل البيع للمسئول عن الضمان ، اتحدت ذمته بهذا البيع باجتماع صفتى دائن بحق الضمان ومدين به فى شخصه (٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٥٥٥ ص ١١١٥) .

ويمكن اعتبار بيع الدين ممن عليه الدين ، فى الفقه الإسلامى ، إذا لم يكن وفاء بمقابل ، مثلا لتحقق اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، هو عقد البيع . فالمدين قد اشترى الدين الذى فى ذمته من دائنه ، فأصبح دائناً ومديناً فى وقت واحد ، وتتحد الذمة فى الدين .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٠ .

(٢) أما إذا ورث الدائن المدين ، فقد رأينا أن قواعد الشريعة الإسلامية تمنع من اتحاد الذمة .

(٣) انظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٩ .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة

٥٦٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة » .

« ٢ — فاذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن(١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٠٢/٢٦٦و٢٠٣/٢٦٧(٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ٥٠٨ و ٥٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ٥٠٨ — إذا اجتمعت فى شخص واحد صفة الدائن والمدين ، انقضى الالتزام لاتحاد الذمة ، وبالقدر الذى اتحدت فيه — م ٥٠٩ — إذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته ، بالنسبة لذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، وأجريت تعديلات فى الفقرة الأولى تجعل التمييز بين المقاصة واتحاد الذمة واضحاً ، وأبدلت كلمة الالتزام فى الفقرة الثانية بكلمة الدين لتنسيق الصياغة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٣٨٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٠٢/٢٦٦ : اتحـاد الذمة هو عبارة عن اجتماع صفتى دائن ومدين فى شخص واحد بدين واحد ، ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحداهما للأخرى .

م ٢٠٣/٢٦٧ : اتحاد الذمة يبرىء الكفلاء فى الدين ، ولا يخلى المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من الدين .

وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد . وإذا لم يوجد مقابل فى التقنين الجديد للمادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين السابق إلا فيما يتعلق بالتضامن ، فإن النص كله ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فالعمل بأحكامه ليس فى حاجة إلى نص : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ — فقرة ٥٩٥ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٤ — فقرة ٨٢٥) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٥٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤١٨ — ٤١٩ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٣٧(١) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب التمييز ، فى الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة ، بين فرضين :

(١) الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة مادام السبب الذى أدى إليه قائماً .
(٢) مايترتب من الأثر على زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى .

المبحث الأول

الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة ما بقى السبب الذى أدى إليه قائماً

٥٦٨ — كيف ينقضى الدين باتحاد الذمة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ مدنى ، كما رأينا ، على أنه إذا تحقق اتحاد الذمة فى الدين

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٦٨ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤١٨ : فى الدين الواحد ، إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين ، انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذى اتحدت فيه .

م ٤١٦ : إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى — وانظر فى اتحاد الذمة فى القانون المدنى العراقى مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٠ — ص ٢١٣ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٣٧ : عندما تجتمع الصفتان المتعارضتان ، صفة الدائن وصفة المديون ، فى موجب واحد وفى شخص واحد ، ينشأ عن اجتماعهما اتحاد يسقط الموجب على نسبة هذا الاتحاد . وإذا زال سبب الاتحاد ، وكان لزواله مفعول رجعى ، عاد الدين مع كل ملحقاته بالنظر إلى الجميع ، وعد اتحاد الذمة كأنه لم يحصل قط .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى) .

« انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة » . فالدين إذن ينقضى باتحاد الذمة، وبالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . فإن كان المدين الوارث، فى الأمثلة التى قدمناها ، لم يرث إلا نصف الدين ، فإن هذا النصف وحده هو الذى ينقضى باتحاد الذمة كما سبق القول . وانقضاء الدين باتحاد الذمة غير انقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة . فى هذه الحالات الأخيرة ينقضى الدين حقيقة، ولا يعود له وجود . أما انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة فليس بانقضاء حقيقى ، بل إن الدين يقف نفاذه ، كما قدمنا ، لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلا . فقد اتحدت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد ، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين ، ومن ثم يقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها (١) . ولكن الدين ، وهو موقوف على هذا النحو ، يبقى مع ذلك معتداً به من نواح أخرى (٢) .

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ ص ٣٧٣ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٩٨ — ص ٣٠٠ .

ويذهب بيدان ولاجارد إلى أن اتحاد الذمة يقضى الدين قضاء تاماً على النحو الذى يقضى به الوفاء الدين ، ويستعرضان الأحوال المختلفة لاتحاد الذمة ، ويستظهران فى كل منها أن الدين قد انقضى ولم يقتصر الأمر فيه على أنه وقف نفاذه (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١٠٧٦ — انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٢٩٣ — ص ٣٠٠ والأستاذ صلاح شيت خطاب مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٢ — ٢٠٣ — فى مناقشة الرأيين ، مجرد وقف النفاذ والانقضاء التام) .

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجيه إلى أن التمييز فى الالتزام بين عنصر المسئولية وعنصر المديونية قد يكون نافعاً هنا ، فاتحاد الذمة يقضى المطالبة أو المسئولية (Haftung) ، ويستبقى المديونية (Schuld) : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٠٩ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٠ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ — واتحاد الذمة كالمقاصة واقعة مادية ، هى واقعة اجتماع صفتى الدائن والمدين فى الدين الواحد فى شخص واحد . وقد رأينا أن المقاصة هى أيضاً واقعة مادية ، إذ هى واقعة تلاقى دينين متقابلين توافرت فيهما شروط خاصة . أما المقاصة فى القوانين الجرمانية فهى تصرف قانونى لا واقعة مادية ، كما سبق القول ، وهى من هذه الناحية كالوفاء والوفاء بمقابل والتجديد، فهذه كلها تصرفات قانونية . وهى تصرفات قانونية تصدر من الجانبين ، إلا الوفاء عن طريق العرض الحقيقى والمقاصة فى القوانين الجرمانية فهما تصرفات قانونيات يصدران من جانب واحد .

٥٦٩ — نواح يبقى فيها الدين المنقضي باتحاد الذمة معتبراً به — حساب الدين في نصاب الوصية : فاذا اعتبر الدين باتحاد الذمة منقضياً — أو موقوفاً — من ناحية المطالبة به، فهناك نواح أخرى غير المطالبة يعتد فيها بالدين. من ذلك حساب نصاب الوصية . فاذا مات الدائن وورثة المدين ، وكانت قيمة الدين ألفاً وخمسمائة مثلا ، فان الدين يعتبر منقضياً من ناحية المطالبة ، فلا يستطيع المدين ، وقد ورث الدين فأصبح دائناً ، أن يطالب به نفسه . ولكن الدين يعتد به إذا ترك الدائن وصية ، وأريدت معرفة ما إذا كانت هذه الوصية لا تجاوز النصاب حتى تكون صحيحة . فيجب اعتبار الدين الذى انقضى باتحاد الذمة قائماً فى حساب هذا النصاب . فلو كانت التركة بغير الدين ثلاثة آلاف ، وجب لحساب الثلث الذى تجوز فيه الوصية ، أن تضاف قيمة الدين وهى ألف وخمسمائة إلى ثلاثة الآلاف ، فتكون قيمة التركة كلها أربعة آلاف وخمسمائة ، ويكون ثلثها الجائز الإيصاء به هو ألف وخمسمائة . أما اذا اعتبرنا الدين منقضياً باتحاد الذمة من جميع النواحى ، وجب حساب قيمة التركة ثلاثة آلاف لا أربعة آلاف وخمسمائة ، ولكان ثلثها ألفاً ، وليس ألفاً وخمسمائة كما هو الحساب الصحيح (١) .

٥٧٠ — الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والدائن : وإذا مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحاد الذمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضى

---

(١) ديمولومب ٢٨ فقرة ٧١٨ — فقرة ٧١٩ — هيك ٨ فقرة ١٧٧ — لوران ١٨ فقرة ٤٨٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦١ — بردرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ — دى باج ٣ فقرة ٦٩٥ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ٤٠٢ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٥ .

وكذلك يحسب الدين الذى انقضى باتحاد الذمة ضمن التركة ، فى تقدير قيمتها لحساب ما يجب عليها من الضرائب (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٦ ص ١٣٥) .

ويقول بلانيول وريبير وبولانجيه إن اعتبار الدين المنقضى باتحاد الذمة قائماً ، لتقدير نصاب الوصية ولتقدير الضريبة ، يمكن تصويره بأن التركة تقدر قيمتها باعتبار العناصر الموجودة وقت الموت ، واتحاد الذمة لا يتحقق إلا بعد ذلك (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٠٧) .

التزام الكفيل ، فليس بنقضى على النحو الذى ينقضى به لو أن الكفيل وفى للدائن . فان الكفيل إذا وفى الدين للدائن ، ينقضى الدين ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى ، ويرجع الكفيل على المدين الأصلى بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، لم ينقض الدين الأصلى ، ويطالب الكفيل الذى أصبح دائناً المدين بهذا الدين ذاته .

وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلى والدائن ، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة ، وتبرأ بذلك ذمة الكفيل . ذلك أن المدين الأصلى — وقد أصبح باتحاد الذمة دائناً — إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل ، فان الكفيل يرجع عليه باعتباره مديناً ، فيشل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول . وقد كانت المادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين المدنى السابق تقضى بأن اتحاد ذمة الدائن والمدين الأصلى يبرىء ذمة الكفلاء (١) .

٥٧١ — الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلى : وإذا ورث الكفيل المدين الأصلى ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، فان انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لايكون إلا من حيث المطالبة ، بمعنى أنه إذا أدى الكفيل باعتباره كفيلا الدين للدائن ، لم يستطع — وقد أصبح مديناً أصلياً بالميراث وذلك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى — الرجوع على نفسه . ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به فى غير هذه المطالبة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فان التزام كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير باتحاد الذمة . فيجوز للدائن ، فى هذه الحالة ، إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذى أصبح فى الوقت ذاته مديناً أصلياً ، أن يرجع على كفيل الكفيل . ولهذا الأخير ، إذا وفى الدين ، أن يرجع على الكفيل بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلى . وقد نصت المادة ٢٠٣٥ من التقنين المدنى الفرنسى صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول :

---

(١) انظر أيضاً المادة ١/١٣٠١ من التقنين المدنى الفرنسى . وانظر فى القانون المدنى العراقى مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٨ .

« اتحاد الذمة الذى يتحقق بين شخص المدين الأصلى وكفيله : عندما يرث أحدهما الآخر ، لا يقضى دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل » (١) .

وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم ، فصار فى القانون الفرنسى كفيلا ومديناً متضامناً فى وقت واحد ، فان وفى الدين باعتباره كفيلا ، رجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة مورثه . أما إذا وفاه باعتباره مديناً متضامناً ، لم يستطع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين الا بقدر حصة كل منهم فى الدين (٢) .

٥٧٢ — الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدينين المتضامنين والدائن:

رأينا ، عند الكلام فى التضامن ، أن المادة ٢٨٨ مدنى تنص على أنه « إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فان الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن(٣) » . فاذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة ، ولكنه لا ينقضى على النحو الذى ينقضى به فيما إذا وفى المدين المتضامن الدين للدائن . فان المدين المتضامن ، إذا وفى الدين الدائن ، رجع على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين . أما إذا ورث المدين المتضامن الدائن ، فالدين لا ينقضى إلا بقدر ما يقتضيه اتحاد الذمة ، إذ أن حصة المدين المتضامن فى الدين هى وحدها التى تنقضى ، لأن المدين المتضامن قد أصبح دائناً بهذه

---

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 2035 : La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

انظر ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٥ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠ ص ٢٤٣ — ص ٢٤٤ — وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠١ ص ٧١٣ هامش رقم ١ .

وإذا كان الكفيل — الذى أصبح مديناً أصلياً على النحو المتقدم — قد قدم رهناً لتأمين الدين ، فإن اتحاد الذمة لا يكون من شأنه أن يقضى هذا الرهن (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠) .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ٤٧٧ — لارومبيير ٥ م ١٣٠١ فقرة ١٤ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١١ .

(٣) انظر أيضاً المادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين المدنى السابق .

الحصة لنفسه . والباقى من الدين ، بعد استنزال هذه الحصة ، يرجع به المدين المتضامن — الذى أصبح دائناً بالميراث — على أى من المدينين المتضامنين الباقين(١) .

وقد رأينا كذلك ، فى التضامن الإيجابى ، أنه إذا ورث المدين أحد الدائنين المتضامنين ، فان اتحاد الذمة لا يقضى من الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن المتضامن(٢) . ذلك أن المدين يصبح دائناً متضامناً ، ولو استوفى الدين كله بهذه الصفة لرجع عليه باقى الدائنين بحصصهم ، فلا يبقى فى يده إلا حصته . فهذه الحصة وحدها هى التى يصبح فيها دائناً ومديناً فى وقت واحد : فتتحد فيها الذمة . ويستطيع بعد ذلك أى من الدائنين المتضامنين الآخرين أن يرجع على المدين بالباقى من الدين(٣) .

---

(١) وغنى عن البيان أن المدين المتضامن ، الذى أصبح دائناً بالميراث ، يستطيع أن يعتبر نفسه مديناً وفى دينه بطريق اتحاد الذمة ، لا دائناً استوفى حقه بهذا الطريق . ولكنه ، على الاعتبار الأول ، لا يرجع على المدينين الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم . فهو يؤثر بطبيعة الحال الاعتبار الآخر ، حيث يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو (انظر فقرة ١٩٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٠ .

(٣) أما إذا ورث أحد المدينين المتضامنين مديناً متضامناً آخر ، فلا محل هنا لاتحاد الذمة ، بل يرجع الدائن على هذا المدين بصفته الأصلية ، أو بصفته وارثاً للمدين المتضامن الآخر بما قد يكون هناك من تأمينات . وله أن يرجع عليه بالصفتين معاً ، ليطالبه بحصتين من الدين بدلا من حصة واحدة (توليه ٧ فقرة ٤٣٣ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٢٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٢) .

ومما يدل على أن اتحاد الذمة يقف نفاذ الحق دون أن يمحوه أن الحائز للعقار المرهون إذا دفع ثمنه للدائن المرتهن المتقدم فى المرتبة ، وحل محله فى الرهن ، أصبح فى دعوى الرهن دائناً ومديناً فى وقت واحد ، فتتحد فيها الذمة . على أن هذا لا يعنى أن حق الرهن المتقدم قد انقضى ، وكل ما يعنيه أن الحائز لا يستطيع استعمال هذا الحق ضد نفسه ، ولكن يستطيع أن يستعمله ضد الدائن المتأخر فى المرتبة ، إذا أراد هذا الدائن التنفيذ على العقار ، فيتقدم الحائز على الدائن المتأخر فى المرتبة بفضل حق الرهن المتقدم . وهذا يدل على أن حق الرهن المتقدم لم ينقض باتحاد الذمة ، بل وقف نفاذه حيث تعذر استعماله ، فلما أمكن استعماله عاد إلى الظهور والنفاذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢) . كذلك مستأجر العقار — وتعطيه قوانين الإيجار الاستثنائية حق مد الإيجار بعد انقضائه — إذا اشترى العقار ، فوقف باتحاد الذمة حقه كمستأجر ، =

المبحث الثانى

ما يترتب من أثر

على زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى

٥٧٣ — عودة الدين الى الظهور : وكل ما قدمناه هو أثر اتحاد الذمة إذا بقى سببه قائماً . فيبقى الدين معتداً به من بعض النواحى ، ويقف نفاذه من ناحية المطالبة ، إذ تصبح مستحيلة باجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد .

فاذا زال بأثر رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة . ويعود الدين بمقوماته الأصلية ، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً ، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها ، مشمولا بسند تنفيذى أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال . وتعود أيضاً التأمينات التى كانت تكفله ، وذلك بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، من كفيل شخصى وكفيل عينى ورهن وغير ذلك .

مثل ذلك أن يكون السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة وصية ؛ فأوصى الدائن بالدين للمدين ، ومات الدائن فاتحدت الذمة فى الدين . ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال ، فأبطلت ؛ وزال بأثر رجعى هذا السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة . عند ذلك يعود الدين فى ذمة المدين للتركة ، ويعود كما كان بصفاته ودفوعه وتأميناته ، ويرجع الكفيل — شخصياً كان أو عينياً — ملتزماً

= يعود حقه إلى الظهور رغم اتحاد الذمة ضد شخص حصل على وعد بإيجار العقار له بعد انتهاء الإيجار الأول (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٠ — دلانديل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص [illegible] — جوسران ٢ فقرة ٩٤٧ ص ٥٠٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ confusion فقرة ٣٢) .

بالكفالة . وتطالب التركة المدين بالدين ، بعد أن كانت قد كفت عن المطالبة بسبب اتحاد الذمة(١) .

ومثل ذلك أن يقبل الكمبيالة المسحوب عليه ، ويشتريها بعد ذلك بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يشترى المستأجر العين المؤجرة بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أخيراً أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصراً وقت تخلصه ، فيبطل التصرف . فى هذه الأحوال جميعاً يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعى ، ويعود الدين إلى الظهور والنفاذ بصفاته ودفوعه وتأميناته(٢) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ مدنى ، كما رأينا ، على هذه الأحكام ، إذ تقول : « وإذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » .

٥٧٤ — زوال السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة بأثر غير رجعى :

وقد يزول بأثر غير رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة . ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن ، فاتحدت الذمة فى الدين ، ثم اتفق الوارث ،

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٣ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ — على أنه إذا عاد الدين كما كان ، فإن التقادم الذى كان سارياً ضده يعتبر موقوفاً باتحاد الذمة ، ولا يعود إلى السريان إلا بعد زوال اتحاد الذمة (أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ confusion فقرة ٤٩) .

(٢) أما إذا كان الالتزام نفسه الذى اتحدت الذمة فيه معلقاً على شرط فاسخ أو واقف ، ثم تحقق الشرط الفاسخ أو لم يتحقق الشرط الواقف ، فإن اتحاد الذمة يعتبر كأن لم يكن ، لا لأن سببه قد زال بأثر رجعى ، بل لأنه تبين أن الالتزام الذى اتحدت الذمة فيه غير موجود أصلا ، وغير الموجود لا تتحد فيه الذمة .

باعتباره دائناً، مع شخص آخر فحول الدين له(١) . فى هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور فى ذمة الوارث باعتباره مديناً ويصبح المحال له دائناً للوارث(٢).

ولكن لايضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه. فى المثل الذى نحن بصدده ، إذا كان للدين كفيل شخصى أو عينى ، وبرئت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة ، ثم عاد الدين بعد أن زال بأثر غير رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، فان الكفالة لا تعود. ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل، لأن الكفيل من الغير فى الاتفاق الذى تم بين المحال له والوارث ، وقد برئت ذمته من الكفالة كما قدمنا ، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه(٣).

---

(١) أو باع الوارث التركة بمالها من ديون (vente d'hérédité) ،أو باعت التركة أسهمها التى سبق أن اشترتها (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٤ ص ١٣٩) .

انظر فى هذا المعنى فى القانون المدنى العراقى مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢١٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٦٦٢ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٩ — لوران ١٨ فقرة ٥٠٧ — هيك ٨ فقرة ١٧٦ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٥ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٧ — وقارن جوسران ٢ فقرة ٩٤٨ .

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٥٧٥ — أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به : قدمنا أن الالتزام قد ينقضى دون الوفاء به أصلا ، ويتحقق ذلك فى أسباب الانقضاء الآتية :

١ — الإبراء من الدين (Remise de dette) .

٢ — استحالة التنفيذ (Impossibilité d'exécution) .

٣ — التقادم المسقط (Prescription extinctive) .

فنى هذه الأسباب جميعا تبرأ ذمة المدين من الدين دون أن يكون قد أدى للدائن شيئاً أصلا ، لا الدين ذاته ولا ما يعادله .

فنى الإبراء قد نزل الدائن عن حقه مختاراً دون مقابل ، وهو الذى ارتضى ذلك .

وفى استحالة التنفيذ قد اضطر الدائن ألا يستوفى حقه ، لأن الوفاء به قد أصبح مستحيلا .

وفى التقادم المسقط قد حال القانون دون أن يستوفى الدائن حقه ، وأبرأ ذمة المدين لاعتبارات تمت للمصلحة العامة .

الفصل الأول

الابراء (*)

(Remise de dette)

٥٧٦ — كيف يتم الابراء وما يترتب عليه من الآثار : الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل ، فهو تصرف تبرعى حتما . وإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء ، وإذا استوفى مقابلا فى حقه كان هذا وفاء بمقابل(١)، وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لا عيناً ولا بمقابل كان هذا إبراء .

والإبراء تصرف قانونى يصدر من جانب واحد هو الدائن (٢) ، ومتى صدر متوافرة شروطه انقضى به الدين وبرئت ذمة المدين .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) كيف يتم الإبراء (٢) الآثار التى تترتب عليه .

الفرع الأول

كيف يتم الابراء

٥٧٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

(*) مراجع : ليسونا (Lesona) بحث فى نظرية عامة للتنازل فى القانون المدنى : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ٣٧٦ — رينو (Raynaud) التنازل عن الحقوق : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٧٦٣ .

(١) ومن قبيل الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء التجديد والمقاصة واتحاد الذمة ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) أما الوفاء فقد قدمنا أنه تصرف قانونى صادر من الجانبين ، وقد يصدر من جانب واحد إذا أخذ صورة العرض الحقيقى مع الإيداع . وذكرنا أيضاً أن كلا من الوفاء بمقابل (dation en paiement) والتجديد تصرف قانونى صادر من الجانبين ، وأن كلا من المقاصة واتحاد الذمة واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً .

« ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً . ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » .

وتنص المادة ٣٧٢ على ما يأتى :

« ١ – يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع » .

« ٢ – ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٤٣/١٨٠ (٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٦٩ – ٣٧٠ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٥٨ – ٣٥٩ –

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٧١ : ورد هذا النص فى المادة ٥١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم الدين ولم يعترض عليه » . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة « ولم يعترض عليه » بعبارة « ويرتد برده » ، وذكر فى اللجنة أن هذا النص مقصود به أن يقع الإبراء بإرادة منفردة أخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وفيها يتم الإبراء بإرادة الدائن وحده ويرتد بالرد من المدين ، ويعتبر الرد بمنزلة التبرع فلا يقبل ممن لا تتوافر فيه أهلية التبرع . وأصبحت المادة رقمها ٣٨٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . ثم وافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ ، على أن يكون المفهوم من كلمة « مختاراً » ألا يكون الإبراء مظنة الغش أو الإكراه لأن الاختيار فى الإبراء هو العنصر البارز . ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ – ص ٢٩٦) .

م ٣٧٢ : ورد هذا النص فى المادة ٥١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ – ص ٢٩٨) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٤٣/١٨٠ : يسقط الدين عن المدين بإبراء ذمته من الدائن إبراء اختياريا إذا كان فى الدائن أهلية التبرع . (أحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا أن الإبراء فى التقنين الجديد يتم بإرادة الدائن المنفردة ، أما فى التقنين السابق فكان لا يتم إلا باتفاق بين الدائن والمدين : الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٧ — فقرة ٥٩٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٢٧ — فقرة ٨٢٩ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٤) .

وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٤٢١ — ٤٢٣ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٣٨ — ٣٤٠ (١).

ويخلص من هذه النصوص أن للإبراء مميزات ، هى أن يتم بإرادة منفردة من جانب الدائن ، وأنه تصرف قانونى تبرعى . ثم إنه يشترط لصحة الإبراء شروط ترجع إلى الموضوع لا إلى الشكل .

فنبحث إذن : (١) مميزات الإبراء (٢) الشروط الواجب توافرها فيه .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٦٩ — ٣٧٠ (مطابقتان للمادتين ٣٧١ — ٣٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٥٨ — ٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ٣٧١ — ٣٧٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٢١ : يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرىء أهلا للتبرع .

م ٤٢٢ : ١ — لايتوقف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد ، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . ٢ — ويصح إبراء الميت من دينه .

م ٤٢٣ : يصح تعليق الإبراء . فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداه الدين برىء ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله .

(وهذه الأحكام بعضها يتفق وبعضها لا يتعارض مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٦٧ — فقرة ٣٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى :

م ٣٣٨ : إن الإبراء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المديون لا يكون إلا بمقتضى اتفاق إذ يفترض فى الإبراء اتفاق أصحاب الشأن .

م ٣٣٩ : إن الإبراء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن بدون أية منفعة تقابله . لكنه يخضع فى هذه الحال لقواعد الأساس المختصة بالتبرع ، وخصوصاً ما يتعلق منها بأهلية أصحاب الشأن .

م ٣٤٠ : يكون عقد الإبراء صريحاً أو ضمنياً ، فهو يستفاد من كل عمل أو كل حالة تتبين منهما جلياً عند الدائن نية التنازل عن حقوقه ، وعند المديون نية الاستفادة من هذا التنازل . إن التسليم الاختيارى للسند الأصلى الذى كان فى حوزة الدائن يقدر معه حصول الإبراء إلى أن يثبت العكس . ولا يكون رد الدائن للشىء المودع على سبيل التأمين (donnée en nantissement) ليبنى عليه مثل هذا التقدير . (وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى ، إلا فى أمرين : (١) الإبراء فى التقنين اللبنانى اتفاق لا إرادة واحدة . (٢) جعل التقنين اللبنانى التسليم الاختيارى للسند الأصلى قرينة قانونية على الإبراء ، وقد كانت هذه القرينة القانونية موجودة فى التقنين المصرى السابق — م ٢١٩ — ٢٢٠/٢٨٤ — ٢٨٥ — ولم ينقلها التقنين الجديد .

المبحث الأول

مميزات الابراء

٥٧٨ — الابراء يتم بارادة واحدة من جانب الدائن : الإبراء تصرف قانونى (acte juridique) . وقد كان فى التقنين المدنى السابق، ولايزال فى التقنين المدنى الفرنسى، اتفاقاً (convention) يتم بين الدائن والمدين على قضاء الدين دون مقابل(١) . فكان لا يكفى فى الإبراء إرادة الدائن ، بل لا بد أيضاً من قبول المدين حتى يتم ، وقبل هذا القبول كان الدائن يستطيع أن يعدل عن الإبراء وفقاً للقواعد العامة . وقد قيل فى توجيه هذا التكييف إن الالتزام رابطة ما بين شخصين ، فلا بد فى قضائها من تدخل هذين الشخصين معاً ، وهذا بخلاف الحق العينى فانه سلطة على شىء معين فيجوز لصاحب هذه السلطة أن ينزل عنها بارادته المنفردة (٢) .

وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن هذا التكييف التقليدى، وصرح فى المادة ٣٧١ مدنى ، كما رأينا ، بأن الإبراء يتم « متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » . ومعنى ذلك أن الإبراء يتم بارادة الدائن وحده ، لا باتفاق بين الدائن والمدين كما كان الأمر فى التقنين المدنى السابق(٣) . وقد اقتبس التقنين المدنى الجديد هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامى ، ففيه يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد . وقد غلب فى هذا التكييف الطابع المادى للالتزام على الطابع الذاتى، فالالتزام قيمة مالية تدخل فى حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التى تشتمل عليها ذمته المالية ، فيستطيع النزول عنه بارادته المنفردة كما يستطيع النزول عن

---

(١) وهو أيضاً اتفاق لا إرادة واحدة فى التقنين المدنى الألمانى : انظر المادة ١/٣٩٧ من هذا التقنين .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ — دى باج ٣ فقرة ٦٧٤ .

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٠٩ — ص ٣١٠ — وتكفى إرادة الدائن المنفردة فى الإبراء ، حتى لو كان الالتزام الذى يبرىء الدائن منه التزاماً من عقد ملزم للجانبين .

الحق العيني(١) . ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا النزول ، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريده من الدائن ، وقد يصر على الوفاء بالرغم من رغبة الدائن في إبرائه ، فقد أعطى القانون الحق للمدين في أن يرد الإبراء متى وصل إلى علمه ، وذكر أن الإبراء يرتد بالرد (٢) .

وهناك فروق واضحة بين أن يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة وأن يتم باتفاق بينه وبين المدين ، نذكر منها ما يأتي :

١ — في التقنين المدني الجديد حيث يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة ، يكفي أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء ، ويتم من وقت هذا العلم . أما في التقنين المدني السابق فهذا لا يكفي ، بل يجب أيضاً أن يصدر قبول من المدين للإبراء ، ولا يتم الإبراء إلا من وقت هذا القبول .

٢ — ويترتب على ما تقدم أنه إذا أعلن الدائن إرادته في إبراء المدين ووصل هذا الإعلان إلى علم المدين ، لم يستطع الدائن ، في التقنين المدني الجديد ، أن يعدل عن الإبراء بعد أن تم . وإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإعلان إلى علم المدين ، فان ذلك لا يمنع من تمام الإبراء عند اتصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقده لأهليته (م ٩٢ مدني) . أما في التقنين المدني السابق ، فما دام المدين ، حتى بعد علمه بارادة الدائن في الإبراء ، لم يصدر منه قبول ، فقد كان يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الإبراء . وإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل صدور القبول ، فقد كان الإيجاب يسقط (٣) ، ولا يجوز للمدين أن يقبل

---

(١) الموجز للمؤلف ص ٦١٨ هامش رقم ١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ — وانظر المادة ٣٥٣ من التقنين التونسي — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٩ .

(٣) وينبني على ذلك أنه إذا مات الدائن ، وترك سند الدين مؤشراً عليه بعدم مطالبة المدين به ، لم يجز في التقنين المدني السابق أن يقبل هذا الإبراء بعد موت الدائن ، وكان لتركة الدائن الحق في مطالبة المدين بالدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص ٧١٥ هامش رقم ٢) . وهذا ما لم يثبت المدين أنه يعلم بهذا التأشير وأنه صادر من الدائن على سبيل الإقرار بأن ذمة المدين قد برئت بالوفاء أو بإبراء قد تم وتقبله المدين ، أو يثبت أن التأشير صادر من الدائن على سبيل الوصية . أما في التقنين المدني الجديد ، فهذا التأشير على سند الدين كاف متى وصل إلى علم المدين .

الإبراء بعد ذلك (١) .

٣ — إذا رد المدين الإبراء فى التقنين المدنى الجديد ، كان بهذا الرد يفقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فبرده للإبراء يعود إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم لا بد أن تتوافر فى المدين أهلية التبرع حتى يستطيع رد الإبراء (٢)، وكذلك يجوز لدائنيه أن يطعنوا فى رده للإبراء بالدعوى البولصية لأن هذا الرد زاد فى التزاماته إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . أما فى التقنين المدنى السابق ، فان رد المدين للإبراء لا يعتبر افتقاراً ، إذ الابراء لايتم إلا بقبوله . فهو برده للإبراء لم يفقر نفسه ، والدين لا يعود بالرد بعد انقضائه ، إذ هو لم ينقض ما دام المدين لم يقبل الإبراء . وإنما رد المدين للإبراء امتناع منه عن أن يثرى ، ومن ثم لا يشترط فى الرد أن تتوافر فى المدين أهلية التبرع ، ولايجوز لدائنيه أن يطعنوا فى رده للإبراء بالدعوى البولصية .

من أجل هذه الفروق وغيرها تجب معرفة متى تسرى أحكام التقنين المدنى الجديد فى الإبراء . والعبرة فى ذلك بوقت علم المدين بالإبراء . فان كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ — موعد سريان التقنين الجديد — فان الإبراء تسرى عليه أحكام التقنين المدنى السابق ، فلا يتم إلا بقبول المدين (٣) . وإلا فأن أحكام التقنين المدنى الجديد هى التى تسرى ، فيكفى علم المدين بالإبراء وعدم رده له حتى يتم .

---

(١) وإذا مات المدين قبل أن يقبل الإبراء ، فان الإبراء لا يتم فى التقنين المدنى السابق ، ويؤخذ الدين من تركة المدين . أما فى التقنين المدنى الجديد ، فإنه إذا مات المدين دون أن يرد الإبراء ، تم الإبراء ولم يؤخذ الدين من تركة المدين . وينص التقنين العراقى (م ١/٤٢٢) على هذا الحكم صراحة ، إذ يقول : «وإن مات قبل القبول ، فلا يؤخذ الدين من تركته» . ونص هذا التقنين (م ٢/٤٢٢) أيضاً على أنه «يصح إبراء الميت من دينه» ، أى أن الدائن يبرىء تركة المدين من الدين . وهذا جائز أيضاً فى القانون المصرى .

(٢) والرد كالإبراء تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، ولكنه يصدر من المدين ، أما الإبراء فيصدر من الدائن . وهو كالإبراء أيضاً فى أنه تصرف تبرعى ، فلا يقبل من المدين إذا لم تتوافر فيه أهلية التبرع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ وانظر تاريخ المادة ٣٧١ آنفاً فقرة ٥٧٧ فى الهامش — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٧) .

(٣) حتى لو صدر القبول بعد سريان التقنين المدنى الجديد .

٥٧٩ — الابراء تصرف تبرعي : وقد قدمنا أن الإبراء يصدر من الدائن اختياراً دون مقابل ، فهو ينزل عن حقه دون عوض . ومن ثم يكون الإبراء تصرفاً تبرعياً محضاً من جانب الدائن .

وهذا هو الذي يميز الإبراء عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة ، كالتجديد والصلح .

فيجب تمييز الابراء عن التجديد . ففي التجديد يبرى الدائن ذمة المدين من الدين ، وهذا هو وجه المشابهة بالإبراء . ولكن الطرفين في التجديد يتفقان على إنشاء دين جديد يحل محل الدين الأصلي ، فليس الإبراء من الدين الأصلي تبرعاً ، بل يقابله إنشاء دين جديد .

ويجب تمييز الإبراء عن الصلح . فقد يتضمن الصلح إبراء ، ولكنه إبراء بمقابل . فان كلا من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه ، في مقابل التسليم له بالبعض الآخر(١) .

ويجب تمييز الإبراء أخيراً عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat) . فالدائنون عند ما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يتبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، وهم ييسرون على المدين السبل التي تؤدي إلى ذلك ومنها إبراؤه من جزء من ديونه . ويخالف الصلح مع المفلس الإبراء ، لا في انعدام نية التبرع فحسب ، بل أيضاً من وجوه أخرى . منها أن ليس من الضروري في الصلح مع المفلس أن يقبل جميع الدائنين الصلح ، بل يكفي أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فتفرضه على الأقلية ، أما الإبراء فلا بد من رضاء الدائن به مختاراً . ومنها أن الدائنين في الصلح مع المفلس لا يبرئون المدين إلا من جزء من الدين ابتغاء

---

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٦٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص ٧١٥ — ص ٧١٦ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٥ — دي باج ٣ فقرة ٦٧١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٠ — الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٠ — وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٩٠ — جوسران ٢ فقرة ٩٥١ .

الحصول على الباقى (١)، أما فى الإبراء فان الدائن ينزل غالباً عن كل حقه وإن كان ليس هنـاك ما يمنع من أن يكون الإبراء مقصوراً على جزء من الدين . ومنها أن الصلح مع المفلس يتخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المدين بالجزء من الديون الذى أبرىء منه لأن الدائنين لم يرضوا بهذا الإبراء مختارين ، أما فى الإبراء فقد رضى الدائن بالنزول عن حقه مختاراً فتبرأ ذمة المدين أصلا ولا يتخلف عن الإبراء أى التزام طبيعى فى ذمته (٢) .

فمنطقة الإبراء تتحدد إذن بما قدمناه من أنه نزول اختيارى من الدائن عن حقه على سبيل التبرع ، أما التصرفات الأخرى التى تقاربه فهى ليست تصرفات تبرعية ولا تشترط فيها أهلية التبرع بل تكفى أهلية التصرف (٣) .

المبحث الثانى

الشروط الواجب توافرها فى الابراء

٥٨٠ — ليست هناك شروط من ناحية الشكل : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٧٢ مـدنى تقضى بأنه لايشترط فى الإبراء « شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضـه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » . فالإبراء إذن تصرف قانونى رضائى (consensuel) وليس بشكلى

---

(١) وإذا لم يف المدين المفلس بما يتعهد به انفسخ الصلح ، لأن الصلح مع المفلس معلق دائماً على شرط فاسخ هو وفاء المفلس بما تعهد به لدائنيه ، فإن تخلف هذا الشرط انفسخ الإبراء ورجع الدين كاملا فى ذمة المفلس لدائنيه (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سـنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٩٨) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٤ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٣ — دى باج ٣ فقرة ٦٧٢ — ردوان فى أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Remise de dette فقرة ٤٨ .

يضاف إلى ما قدمناه أن إبراء المدين يبرىء ذمة الكفيل ، أما إبراء المدين المفلس فى الصلح معه فلا يبرىء ذمة الكفيل .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ .

(solennel) ، ينعقد بإرادة الدائن دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الإرادة فى ورقة رسمية أو فى أى شكل خاص .

وهذا صحيح ، بالرغم من أن الإبراء تصرف تبرعى كما قدمنا ، لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة ، والهبات غير المباشرة لاتشترط فى انعقادها الرسمية التى تشترط فى الهبات المباشرة (١). وهذا صحيح أيضاً ، ولو وقع الإبراء على التزام مصدره عقد شكلى ، سواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون أو متفقاً عليه من المتعاقدين . فلو وعد شخص آخر بأن يهبه مبلغاً من النقود ، فانه لا يلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوباً فى ورقة رسمية بمقتضى حكم القانون (م ٤٩٠ مدنى) . فاذا فرضنا أن الوعد كتب فى ورقة رسمية ، وترتب عليه التزام الواعد باعطاء هذا المبلغ من النقود للموعود له ، فان الموعود له وهو الدائن يستطيع أن يبرىء الواعد وهو المدين من التزامه ، دون حاجة إلى أن يفرغ الإبراء فى ورقة رسمية . فالوعد إذن ليس ملزماً إلا إذا كتب فى ورقة رسمية ، ولكن يمكن الإبراء منه دون حاجة إلى هذه الورقة . كذلك إذا اتفق المتبايعان على أن يكتبا عقد البيع فى ورقة رسمية ، فان التزام المشترى بدفع الثمن ، ومصدره عقد شكلى ، والشكلية هنا بمقتضى الاتفاق ، يمكن البائع إبراؤه منه دون حاجة إلى أن يكون الإبراء فى ورقة رسمية (٢) .

وهذا كله لو صدر الإبراء من الدائن تصرفاً قانونيا حال الحياة . أما إذا كان الدائن قد أوصى بابراء مدينه ، فالإبراء هنا يكون وصية ، وتسرى أحكام الوصية فى الشكل وفى الموضوع . فلا بد من إفراغه فى صورة وصية فى الشكل الواجب قانوناً ، ولا ينفذ إلا من ثلث التركة ، ويجوز للموصى الرجوع فيه قبل موته ، ويسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى (٣) . على أن الإبراء إذا صدر من الدائن وهو فى مرض الموت ، لم يشترط فيه أن يكون فى شكل الوصية ، ولكن يسرى عليه حكم الوصية من حيث الموضوع ، إذ أن المادة ٩١٦ مدنى

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥ .

تقضى بأن كل تصرف قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

هذا وإذا كان لا يشترط فى الإبراء شكل خاص ، فان ذلك لا يمنع من أن المدين الذى يدعى أن دائنه أبرأه من الدين يقع عليه عبء إثبات هذا الدين ، وتسرى فى ذلك القواعد العامة فى الإثبات . فاذا كان الالتزام الذى يدعى المدين أن الدائن أبرأه منه تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، لم يجز له إثبات الإبراء إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولو أن الإبراء تصرف قانونى صادر بارادة منفردة ، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يسرى على جميع التصرفات القانونية ولو كانت صادرة بارادة منفردة (١) . أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز للمدين إثبات الإبراء بالبينة أو بالقرائن . وقد كان التقنين المدنى السابق يشتمل على نصوص تقيم قرينة قانونية لإثبات التخلص من الدين ، إما من طريق الإبراء أو من طريق الوفاء . فكانت المادة ٢١٩/ ٢٨٤ تنص على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ إلى المدين » . وكانت المادة ٢٨٥/٢٢٠ تنص على ما يأتى : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين » . فكان تسليم الدائن للمدين سند الدين أو صورته الواجبة التنفيذ قرينة قانونية ، قابلة لإثبات العكس ، على براءة ذمة المدين من الدين ، إما عن طريق الوفاء وإما طريق الإبراء (٢) . ولم يستبق التقنين المدنى الجديد هذه النصوص ، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية (٣) . والعبرة بتاريخ تسليم السند أو صورته الواجبة التنفيذ ، وهى

---

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٩٣ .

(٢) الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٩ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٨٠ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ — هذا وقد اشتمل التقنين المدنى الفرنسى على نصين ، الأول منهما (م ١٢٨٢) يقضى بأن تسليم الدائن السند الأصلى العرفى تسليماً اختيارياً إلى المدين يستدل به على تخلص المدين من الدين . ويعتبر الفقه الفرنسى هذه القرينة القانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، وهى قرينة إما على الوفاء وإما على الإبراء . —

الواقعة المادية التي تستخلص منها القرينة . فان كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت واقعة التسليم هذه قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى السابق ، وإلا فهى قرينة قضائية تطبيقا لأحكام التقنين المدنى الجديد .

٥٨١ — الشروط الموضوعية الواجب توافرها فى الابراء : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدنى تنص على أنه « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع » .

ومن ثم فالإبراء لا بد فيه من صدور إرادة من الدائن ، ليس لها شكل خاص كما قدمنا ، للنزول عن حقه دون مقابل . وأى تعبير عن هذه الإرادة يكفى ، سواء كان التعبير صريحاً أو ضمنيا(١) . إلا أن الإبراء لا يفترض ، لأنه نزول عن الحق ، فعند الشك لا يكون هناك محل لتفسير إرادة الدائن بأنه قصد الإبراء (٢). وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذى أهلية كاملة ، والأهلية

= والنص الثانى (م ١٢٨٣) يقضى بأن التسليم الاختيارى للصورة الواجبة التنفيذ من السند الرسمى يكون قرينة إما على الإبراء وإما على الوفاء ، إلا إذا قام دليل العكس . والقرينة القانونية قابلة لإثبات العكس بصريح النص . وفى مناسبة هاتين القرينتين القانونيتين يسهب الفقه الفرنسى فيما يسميه بالإبراء الضمنى (remise tacite de dette) . انظر فى هذه المسألة : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٦ — فقرة ١٧٨٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٧ — فقرة ١٣١٢ — دى باج ٣ فقرة ٦٧٦ — فقرة ٦٨٣ .

أما فى مصر فكل هذه القرائن تعتبر قرائن قضائية موكولة إلى تقدير القاضى .

وقد نقل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٣٤٠/٢) من التقنين المدنى الفرنسى القرينة القانونية التى اشتملت عليها المادة ١٢٨٢ من هذا التقنين (انظر آنفا فقرة ٥٧٧ فى الهامش) .

(١) انظر المادة ٣٤٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى — ولا يشترط فى التعبير الصريح أن ينصب مباشرة على الإبراء ، فالمخالصة الصورية التى يعطيها الدائن للمدين تكون تعبيراً صريحاً عن الإبراء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ — دى باج ٣ فقرة ٦٧٥ ص ٦٣٤) . ويكون تعبيراً ضمنياً عن الإبراء ، فى عقد ملزم للجانبين لم يبدأ تنفيذه ، أن ينزل أحد المتعاقدين عن حقه الناشىء من هذا العقد ، فيعتبر هذا النزول إبراء ضمنياً من جانب المتعاقد الآخر عن حقه المقابل ، ويرجع فى ذلك إلى نية المتعاقدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٢) .

(٢) استئناف وطنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٣٥٣ — ١٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٧ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ — ٨ مايو =

هنا هى أهلية التبرع ، لأن الإبراء تصرف تبرعى كما قدمنا (١) . فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور إبراء المدين من الدين ، لأن أهلية التبرع غير متوافرة فيهما. ولا يجوز للولى ولا للوصى ولا للقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين ، لأنهم لا يملكون ولاية التبرع فى مال محجوريهم . بل لا يجوز لهم ذلك حتى باذن من المحكمة ، فالمحكمة لا تملك ولاية التبرع فى مال المحجور . والإبراء فى جميع هذه الأحوال يكون باطلا . فيجب إذن أن يكون الدائن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، حتى يصدر منه الإبراء صحيحاً (٢) . كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب ، فيجب ألا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وإلا كان الإبراء قابلا للإبطال . وأكثر ما يشوب الابراء هو الإكراه ، لأن الدائن لا يبرىء مدينه عادة ، وإنما هو فى الكثير من الأحوال يكون مكرهاً على ذلك . ومن ثم عنيت المادة ٣٧١ مدنى فى صدرها أن تبرز وجوب خلو الإرادة من الإكراه وأن تكون إرادة مختارة ، فنصت على أن

= سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ — انظر أيضاً المادة ٤٢٤ من التقنين المدنى العراقى فقرة ٥٨٢ فيما يلى فى الهامش .

فلا تبرأ ذمة الكفيل بحصول الدائن على تأمين عينى ، لأن الإبراء يفسر فى أضيق الحدود (استئناف وطنى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٦٧ ص ٢١٨) . وإذا رد الدائن التأمين الذى أخذه لضمان دينه إلى المدين لم يفد ذلك أنه أبرأ المدين من الدين ، وإن كان قد يستفاد منه أنه نزل عن التأمين (انظر المادة ٣/٣٤٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى) . وتأجير الدائن المرتهن العين المرهونة للمشترى ، وتعهد هذا المشترى بدفع الدين للدائن المرتهن ، لا يعتبر إبراء للمدين الأصلى (المحلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣) . وإذا أوصى الدائن لمدينه بعين فى تركته ، لم يفد ذلك أنه أبرأه من الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥ ص ١٠١ — ردوان فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Remise de dette فقرة ١٨) .

(١) انظر المادة ٤٢١ من التقنين المدنى العراقى (آنفاً فقرة ٥٧٧ فى الهامش) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ — ولا يصدر الإبراء إلا من الدائن أو وكيله فى الإبراء . فإذا كان هناك دائنون متضامنون ، وأبرأ أحدهم المدين ، وقع هذا الإبراء على حصة الدائن الذى صدر منه الإبراء ، وجاز لكل من باقى الدائنين المتضامنين أن يرجع على المدين بالدين بعد استنزال حصة هذا الدائن (انظر آنفاً فقرة ١٤١) .

« ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً (١) » .

وللإبراء ، ككل تصرف قانونى ، محل . ومحل الإبراء هو الالتزام الذى يبرىء الدائن منه المدين . ويصح أن يقع الإبراء على أى التزام(٢) ، ما لم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام(٣) » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٦ – وانظر آنفاً فقرة ٥٧٧ فى الهامش .

ويصح أن يكون الإبراء معلقاً على شرط فإذا كان الشرط فاسخاً أصبح الدين نفسه معلقاً على شرط واقف ، وإذا كان الشرط واقفاً أصبح الدين معلقاً على شرط فاسخ (ديمولومب ٢٨ فقرة ٣٨١ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ ص ٩٦ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٤) . وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى نص صريح يجيز تعليق الإبراء على الشرط ، مخالفاً فى ذلك الفقه الإسلامى (انظر م ٢٤٣ من مرشد الحيران) ، فنصت المادة ٤٢٣ من هذا التقنين على أنه « يصح تعليق الإبراء ، فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداه المدين برىء ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله » . ويقرب هذا الفرض من فرض الصلح مع المفلس ، فنية التبرع هنا غير واضحة ، إذ أن الدائن إنما أبرأ المدين من بعض الدين ليضمن استيفاء البعض الآخر .

(٢) والغالب أن يقع الإبراء على التزام بمنقول غير معين ، وبخاصة على التزام بدفع مبلغ من النقود ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يقع على التزام بعين معينة بالذات . ولكن إذا كانت ملكية هذه العين تنتقل فى الحال بمجرد قيام الالتزام ، لم ينفسح المجال للإبراء من التزام تم تنفيذه . وكل ما يمكن عمله فى هذه الحالة هو أن تعاد الملكية إلى صاحبها الأصلى ، ولكن لا عن طريق الإبراء بل بعقد جديد ، وتعود الملكية مثقلة بالحقوق العينية التى ترتبت للغير (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١ وفقرة ١٧٧٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧) .

ولا يجوز النزول عن حق قبل كسبه ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن القانون يقضى بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها وكسبها ، إذ الإنسان إنما يتنازل عما يثبت له (٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥) . وقضت بأنه لا يجوز لأحد فريقى الخصوم التنازل عن حق أكسبه إياه حكم ، إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الفريق الثانى ، بأن يكون ذلك الحكم نفسه قاضياً لهذا الفريق الثانى بحق آخر مقابل للحق الذى قضى به للفريق الأول (٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٥٦) .

ويصح للدائن فى التزام طبيعى أن يبرىء ذمة مدينه من هذا الالتزام ، فإذا وفى المدين الالتزام بعد الإبراء جاز له استرداده (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٢ — ص ٣١٣) .

(٣) فلا يجوز النزول عن حقوق الولاية والنسب ونحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالنظام العام . كما لا يجوز النزول عن الحق فى النفقة ، وإن كان يجوز إبراء المدين من نفقة متجمدة فى ذمته (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٣ ص ٣٠٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١) .

وللابراء أخيراً ، ككل تصرف قانونى، سبب . والسبب هو الباعث الدافع إلى الإبراء . فان كان هذا الباعث مشروعاً، صح الإبراء ، وإلا كان باطلا(١) . وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الابراء

٥٨٢ — الابراء يقضى الدين : الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فاذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذى فى ذمته، فقد انقضى هذا الدين بالإبراء كما ينقضى بالوفاء ، وبرئت ذمة المدين . وهذا مايقضى به صدر المادة ٣٧١ مدنى، إذ يقول: « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً(٢) » .

على أن الإبراء يرتد بالرد ، وفى هذا يقول عجز المادة ٣٧١ مدنى: « ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » . فاذا وصل الإبراء إلى علم

---

(١) كذلك إذا ثبت أن الإبراء كان له باعث معين ، ثم تخلف هـذا الباعث ، سقط الإبراء — والإبراء فى القانون الألمانى تصرف مجرد (acte abstrait) ، فلا يتأثر بالباعث . فإذا إبرأ الدائن مدينه ، انقضى الدين وزالت التأمينات التى كانت تكفله . وإذا تبين بعد ذلك أن الباعث على الإبراء قد تخلف ، لم يسقط الإبراء ، ولم تعد التأمينات ، وإنما يرجع الدائن على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب (انظر فى هـذه المسألة التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٣٩٧ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٩٥١) .

(٢) وينص التقنين المدنى العراقى فى المادة ٤٢٠ على ما يأتى : « إذا أبرأ الدائن المدين ، سقط الدين » . ثم جاء فى المادة ٤٢٤ من نفس التقنين : « ١ — إذا اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه ، فلا تسمع الدعوى فى خصوص ذلك وتسمع فى غيره . وإذا اتصل بالصلح إبراء عام عن الحقوق والدعاوى كافة ، فلا تسمع على المبرأ دعوى فى أى حق كان قبل الصلح ، وتسمع على الحق الحادث بعده . ٢ — وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به فى الخصوص والعموم » .

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة سبقت الإشارة إليها تقضى بأن الإبراء وهو نزول عن الحق يجب أن يفسر فى أضيق الحدود (انظر آنفاً فقرة ٨١ — وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٧٣٠ ص ٣٢٧) .

المدين ، ولم يرده فى المجلس الذى علم فيه(١) ، لم يستطع أن يرده بعد ذلك . أما إذا رده فى المجلس ، فانه يرتد ويزول أثره ، ويعود الدين إلى ذمة المدين بعد أن كان قد انقضى بالإبراء ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونرى مما تقدم أن الإبراء ، وهو يقضى الدين ، تصرف قانونى يفقر الدائن إذ ينقص من حقوقه . وكذلك الرد ، وهو يعيد الدين إلى ذمة المدين بعد انقضائه ، تصرف قانونى يفقر المدين إذ يزيد فى التزاماته(٢) .

ولما كان يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع ، فان أحكام الدعوى البولصية تسرى على الإبراء كما تسرى على أى تبرع(٣) .

---

(١) ولما كان تكييف الإبراء بأنه تصرف قانونى من جانب واحد يرتد بالرد مأخوذاً من الفقه الإسلامى ، وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامى لتحديد الوقت الذى يجوز فيه رد الإبراء . فالرد يكون فى مجلس الإبراء ، أى فى المجلس الذى يعلم فيه المدين بالإبراء ، فلو رد المدين الإبراء بعد انفضاض هذا المجلس بقى الإبراء نافذاً ولا يرتد . كذلك لو رد المدين الإبراء بعد قبوله إياه لا يرتد ، والقبول إذا لم يكن ضرورياً لقيام الإبراء يجعله مع ذلك غير قابل للرد . وقد نصت المادة ١٥٦٨ من المجلة على أنه « لا يتوقف الإبراء على القبول ، ولكن يرتد بالرد . فإذا أبرأ واحد آخر ، فلا يشترط قبوله . ولكن إذا رد الإبراء فى ذلك المجلس بقوله لا أقبل ، ارتد ذلك الإبراء ، يعنى فلا يبقى له حكم . ولكن لو رد الإبراء بعد قبوله ، فلا يرتد » . ويقول الأستاذ سليم باز فى التعليق على هذا النص : « مفاده أنه يشترط أن يكون الرد فى مجلس الإبراء ، فلو رده بعد التفرق لا يصح الرد ، ويبقى الإبراء نافذاً » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ١٥٦٨ ص ٨٥٣ - ص ٨٥٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ - والرد يعيد الدين كما كان ، بجميع مقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته .

(٣) م ٣٧٢/١ مدنى - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ومن الأحكام الموضوعية التى تسرى على التبرعات جواز الرجوع فى الهبة لعذر مقبول (م ٥٠٠ مدنى) ما لم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٢ مدنى) . ويعتبر عذراً مقبولا للرجوع فى الهبة جحود الموهوب له ، وصيرورة الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة ، وأن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً أو أن يكون له ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حى (م ٥٠١ مدنى) . والظاهر أن هذه الأحكام الموضوعية تسرى على الإبراء كما تسرى على الهبة (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٧ ص ٦١٩ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٧ ص ٦٣٣ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٣ - وانظر أيضاً فى القانون الفرنسى حيث يجوز الرجوع فى الهبة لجحود الموهوب له أو لأن الموهوب له قد رزق ولداً وسريان هذه الأحكام -

ويترتب على ذلك أمران : (أولا) يجوز لدائنى الدائن الذى صدر منه الإبراء أن يطعنوا فى هذا الإبراء بالدعوى البولصية ، كما يطعنون فى أى تبرع صادر من مدينهم . فـ... فى حاجة إلا إلى إثبات إعسار الدائن الذى صدر منه الإبراء أو زيادة إعساره بسبب هذا الإبراء ، ولا ضرورة لإثبات تواطؤ المدين معه ، بل ولا لإثبات سوء نية الدائن نفسه ،وذلك تطبيقا للفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ مدنى ، وهى تقضى بأنه « إذا كان التصرف تبرعاً ، فانه لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ،ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » . (ثانيا) وكذلك إذا رد المدين الإبراء ، فان هذا التصرف من جانبه يكون مفقراً إذ يزيد فى التزاماته كما تقدم القول . فيجوز لدائنى المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية كما سبق أن بينا(١) ، إذا أثبتوا أن رد الإبراء قد سبب إعسار المدين أو زاد فى إعساره ، دون حاجة إلى إثبات تواطؤ الدائن معه ، بل ولا سوء نية المدين .

٥٨٣ — وتنقضى مع الدين تأميناته : وإذ ينقضى الدين بالإبراء ، فانه ينقضى معه ما كان يكفله من تأمينات ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أو كفالة . وحتى يكون زوال التأمينات ساريا فى حق الغير ، يجب شطب القيد طبقا للقواعد المقررة .

وقد أورد التقنين المدنى السابق ، فى شأن الكفالة الشخصية ، سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدنى الجديد ، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسرى أحكامها دون حاجة إلى نص . من ذلك أن نصت المادة ٢٤٤/١٨١

= على الإبراء . بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٩ ص ٩٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ – بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٦ – دى باج ٣ فقرة ٦٧٥) . وقد يقال إن الإبراء فى الفقه الإسلامى إسقاط ، والساقط لا يعود (انظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٥١ ص ٤٠ و م ١٥٦٢ ص ٨٤٨ – ٨٤٩ و م ١٥٦٨ ص ٨٥٣) . ولكن لما كان نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدنى صريحاً فى أنه « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع » ، فالظاهر أن هذا النص يقضى بسريان أحكام الرجوع فى الهبة على الإبراء .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ .

على أن « إبراء ذمة المدين من الدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنيه أيضاً » . فتبرأ ذمة الكفيل الشخصى ببراءة ذمة المدين ، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، فاذا زال الأصل زال التبع(١) . ويستثنى من ذلك الإبراء الذى يتضمنه الصلح مع المفلس ، فانه لا يبرىء ذمة الكفلاء كما رأينا ، بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك (٢) . أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرىء ذمة المدين الأصلى ، لأن زوال التبع لا يستوجب زوال الأصل ، وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من التقنين المدنى السابق على أنه « لا تبرأ ذمة المدين بابراء ذمة ضامنه » . وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ، فان ذلك لا يعنى أنه أبرأ الباقين ، بل يجوز له مطالبة باقى الكفلاء كل بقدر الحصة التى كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين ، أو أى منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذى أبرأه إذا كان الكفلاء متضامنين (٣) . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذى أبرأه الدائن قد كفل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفالته ، فاذا أبرأه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستنزلوا حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين ، أو يرجع على أى منهم

---

(١) ولا يجوز للدائن أن يبرىء ذمة المدين الأصلى مع استبقائه الكفيل ملتزماً بالدين ، فإن حق التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلا متضامنا مع المدين أو كان كفيلا عينياً ، مع إبراء ذمة المدين الأصلى (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤١ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٤ — بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ١٣١٢ — ويذهب بودرى وبارد (٣ فقرة ١٧٩٤) إلى أن الجزء من الديون الذى أبرىء منه المفلس يبقى التزاما طبيعياً فى ذمته ، ويصلح هذا الالتزام الطبيعى أن يكون التزاماً أصلياً تستند إليه الكفالة . وقد رأينا أن الالتزام الطبيعى لا تمكن كفالته إلا بالتزام طبيعى مثله (انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٣) . على أننا لسنا فى حاجة إلى تأصيل بقاء الكفيل ملتزماً بجميع ديون المفلس حتى ما أبرىء منه بالصلح مع الدائنين ، فإن هذا هو الوضع الطبيعى للكفيل ، فهو لم يكفل إلا هذا الإفلاس بالذات ، وإذا تحقق الإفلاس كان للدائنين حق الرجوع على الكفيل .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ — بلانيول وريبير ورودوان ٧ فقرة ١٣١٢ .

بكل الدين إذا كانوا متضامنين . فرجوع الكفلاء على الكفيل الذى أبرأه الدائن ، بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانة هذا الكفيل سابقة لضمانتهم أو مقارنة لها . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٨/١٨٥ من التقنين المدنى السابق على أنه « إذا تعدد الضامنون فى دين ، وأبرأ الدائن ذمة أحدهم ، جاز للباقى مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمانتهم أو مقارنة لها (١) » .

---

(١) لارومبيير ٥ م ١٢٨٧ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٦٨ — ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٥ — ماركاديه ٤ فقرة ٨٠٩ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ مكررة — الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٨ — انظر عكس ذلك لوران ١٨ فقرة ٣٧٣ — هيك ٨ فقرة ١٤٠ .

وتنص المادة ١٢٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى على أن « ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستنزل من الدين ، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصلى وذمة الباقى من الكفلاء » . وهذا هو النص فى أصله الفرنسى Art. 1288: Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

وهذا نص ينتقده الفقه الفرنسى لمخالفته للقواعد العامة ، إذ أن نية الطرفين - الدائن الكفيل - قد انصرفت فى هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلا لإبراء ذمته من الكفالة ، وقد رضى الدائن بذلك معرضاً نفسه لخطر ألا يستوفى الدين كله أو بعضه من المدين الأصلى . فالعقد بين الدائن والكفيل عقد احتمالى ، قد يكون مصدر ربح للدائن فيما إذا استوفى كل حقه من المدين الأصلى ، وقد ينتهى به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه . فما أخذه من الكفيل هو المقابل لهذا الخطر الذى عرض نفسه له ، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٩ - لارومبيير ٥ م ١٢٨٨ فقرة ٢ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٦٩ - فقرة ٤٧١ - لوران ١٨ فقرة ٣٧٤ — هيك ٨ فقرة ١٤١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ ص ٧٢٤ - ص ٧٢٥) . ولم ينقل التقنين المصرى هذا النص ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ومقتضى تطبيقها أن تكون العبرة بنية الطرفين ، الدائن والكفيل . فإن قصدا أن يفتدى الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بعد ذلك أن يرجع على المدين بكل الدين ، برئت ذمة الكفيل ، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من المدين ولا يرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن ، وكذلك لا يرجع على الدائن حتى لو استوفى هذا كل حقه من المدين . وإن قصدا أن يستنزل المقابل من الدين ، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقى الدين ، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقى من حقه ، ويرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن . وعند الشك يكون المفروض أن الدائن بأخذه المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة ، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه فى الرجوع بكل الدين على المدين ، إذ لو أراد استنزال المقابل من الدين ، لاستبقى الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقى من حقه .

٥٨٤ — ابراء الدائن لأحد المدينين المتضامنين — احالة : وقد يبرىء الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الباقين ، وللدائن أن يطالب أياً منهم بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه . وهذا مالم يكن الدائن قد صرح أنه أراد بذلك إبراء جميع المدينين المتضامنين فتبرأ ذمتهم جميعاً، أو ما لم يكن على النقيض من ذلك قد احتفظ بحقه فى الرجوع على أى من المدينين المتضامنين الباقين بكل الدين رغم إبراء أحدهم(١) . وقد يبرىء الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فحسب ، فيبقى حقه فى الرجوع على أى من المدينين الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك (٢) . وفى جميع الأحوال التى يبرىء فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء كان الإبراء من الدين أو من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم ، إلا إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فيتحمل هو نصيب هذا المدين فى حصة المعسر (٣) . وقد تقدم بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى التضامن (٤) .

---

(١) م ٢٨٩ مدنى — وانظر ايضا المادة ١٨٢/٢٤٥ من التقنين المدنى السابق .

(٢) م ٢٩٠ مدنى .

(٣) م ٢٩١ مدنى — وانظر أيضاً المادة ١٨٣/٢٤٦ من التقنين المدنى السابق .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

الفصل الثانى

استحالة التنفيذ(*)

(Impossibilité d'exécution)

٥٨٥ — مسألتاه : متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فانه لا محالة ينقضى . وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء ، إذ لا التزام بمستحيل :
(à l'impossible nul n'est tenu) .

ونتكلم هنا فى مسألتين : (١) متى تتحقق استحالة التنفيذ (٢) الآثار التى تترتب على هذه الاستحالة .

الفرع الاول

متى تتحقق استحالة التنفيذ

٥٨٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه (١) » .

---

* مراجع : ردوان (Radouant) فى الحادث الفجائى والقوة القاهرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — لبريه (Lebret) فى وقف العقود وفسخها : المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ وما بعدها — ساروت (Sarraute) فى وقف تنفيذ العقود رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٦ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٧٧/٢٤٠ و ١٧٨/٢٤١ و١٧٩/٢٤٢ (١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٧١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٦٠ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٢٥ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٤١/٣٤٢(٢).

---

(١) التقنين المدنى السابق م ١٧٧/٢٤٠ تزول التعهدات بالفسخ إذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن.

م ١٧٨/٢٤١ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين ، أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفا رسمياً ، ألزم بالتضمينات.

م ١٧٩/٢٤٢ : إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء ، تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به ، بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة دون حق ، ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية (انظر قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣).

(وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، وقد أسهب التقنين السابق فى التفريع على الموضوع الأصلى . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لم يفرد المشروع لاستحالة التنفيذ سوى مادة واحدة ، قرر فيها قاعدة انقضاء الالتزام متى أصبح تنفيذه مستحيلا من جراء سبب أجنبى . أما انقضاء الالتزامات المتقابلة فى العقود التبادلية ، وحق الدائن فى اقتضاء التعويض عند رجوع الاستحالة إلى فعل المدين ، فلم يتقل المشروع بهما نصوص هذا الفرع على نحو ما فعل التقنين الراهن (السابق) غافلا عن انتفاء وجه المناسبة . وبهذا وفق المشروع إلى التوسط ، فخفف من هذه النصوص دون أن يغفلها كل الإغفال ، كما فعل المشروع الفرنسى الإيطالى» : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٨ — وانظر فى التقنين المدنى السابق الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٩ — فقرة ٦٠٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٣٠ — فقرة ٨٣٣).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٧١ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م ٤٢٥ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدنى المصرى — وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٧٢ — فقرة ٣٧٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٤١ : يسقط الموجب إذا كان ، بعد نشأته ، قد أصبح موضوعه مستحيلا من الوجه الطبيعى أو الوجه القانونى بدون فعل أو خطأ من المديون.

م ٣٤٢ : يجب على المديون أن يقيم البرهان على وجود القوة القاهرة ، ويبقى مع ذلك —

ويخلص من هذا النص أن هناك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ التي تقضي الالتزام : (١) أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا (٢) وأن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

٥٨٧ — الشرط الأول — تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا :

يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام ، بعد نشوئه ، مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية . ولا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً ، ما دام لا يزال ممكناً .

فيجب أولا أن ينشأ الالتزام ممكناً ، فلا تطرأ الاستحالة إلا بعد نشوئه . ما إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلا ، فانه لا ينشأ أصلا ، ولا محل للقول بانقضاء مالم يوجد . وإنما يكون العقد الذي رتب الالتزام المستحيل باطلا لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل ، فمن شروط المحل أن يكون ممكناً إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل ، وأن يكون موجوداً إذا كان عيناً معينة بالذات .

ويجب ، بعد أن ينشأ الالتزام ممكنا ، أن يطرأ مايجعل تنفيذه مستحيلا . أما إذا طرأت حوادث جعلت تنفيذه مرهقا ، مع بقائه ممكنا ، فلا ينقضي الالتزام . وإنما ننتقل في هذه الحالة إلى نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) وأثر الحادث الطارىء في الالتزام ، وهو ماتقرره الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني إذ تقول : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق عن خلاف ذلك » . وقد سبق تفصيل القول في نظرية الحوادث الطارئة(١) .

= الدائن متسع لكي يثبت أن الطارىء الذي وقع بمعزل عن المدين كان مسبوقاً أو مصحوباً بخطأ ارتكبه المدين كإبطاء في التنفيذ جعله في حالة التأخر ، وفي مثل هذا الموقف يظل الموجب قائماً .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤١٢ — فقرة ٤٢٣ .

فيجب إذن ، حتى ينقضى الالتزام ، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية فى الوقت الذى يجب فيه تنفيذه . فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة موقتة ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ ، ثم زال هذا الطارىء عند حلول ميعاد التنفيذ فأصبح تنفيذ الالتزام ممكنا فى هذا الوقت ، فان الاستحالة السابقة التى زالت لا أثر لها فى الالتزام ، بل يبقى الالتزام قائما واجب التنفيذ . وحتى لو كان الالتزام مستحيلا تنفيذه وقت حلول ميعاد التنفيذ ، ولكن هذه الاستحالة ليست دائمة ، وأمكن أن تزول فى وقت يكون تنفيذ الالتزام فيه غير متعارض مع الغرض الذى من أجله وجد الالتزام ، فان هذه الاستحالة الموقتة ليس من شأنها أن تقضى الالتزام ، بل هى تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلا للتنفيذ فينفذ(١) .

أما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة فعلية ، فهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع تقديراً نهائياً لا معقب عليه من محكمة النقض . فالالتزام بنقل حق عينى ، إذا وقع على عين معينة بالذات ، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا هلك هذا الشيء ، أو تلف تلفاً يجعله فى حكم الهالك ، أو فقد بحيث لا تمكن معرفة مكانه (٢) . وإذا وقع الالتزام على شيء غير معين إلا بنوعه ومقداره ، فمن الصعب أن نتصور استحالة تنفيذ هذا الالتزام ، لأن الشيء غير المعين بالذات يوجد بجنسه ، والجنس لا ينعدم (genera non pereunt) (٣) . ومع ذلك فقد يقع فى بعض الأحوال الاستثنائية أن يتعذر التنفيذ ، كما إذا كان المدين ملتزماً بتوريد أزهار نادرة أو شيء بطل صنعه فلم يستطع العثور على ما التزم به (٤) . والالتزام بعمل ، كالتزام المصور برسم صورة ، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا أصيب هذا الفنان بفقد بصره أو ببتر يده فلم يعد قادراً على الرسم (٥) .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٦ .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٨ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٦ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٥ ص ٧٢٧ — دى باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص٦٥٦ .

(٥) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢ ص ١٤٥ — وإذا تعهد ممثل بالتمثيل فى وقت معين ، وأصيب بمرض فى هذا الوقت يقعده عن التمثيل ، أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٨) .

والالتزام بالامتناع عن عمل يصبح تنفيذه مستحيلا إذا اضطر المدين إلى إتيان هذا العمل الذى التزم بالامتناع عنه .

وأما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية ، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . من ذلك أن يكون المدين ملتزماً بنقل ملكية أرض ، فتنزع ملكيتها قبل التنفيذ للمصلحة العامة ، فيتعذر تعذراً قانونياً تنفيذ الالتزام . ومن ذلك أيضاً أن يكون المدين ملتزماً بتوريد شيء ، ثم يحرم القانون صنعه ، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية (١) .

٥٨٨ — الشرط الثاني — استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه : ولا يكفي أن يستحيل تنفيذ الالتزام على النحو الذى تقدم حتى ينقضي ، بل يجب أيضاً أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين ، لم ينقض الالتزام ، ولكن لما كان تنفيذه العيني أصبح مستحيلا ، وجب تنفيذه عن طريق التعويض . وحيث يستحيل التنفيذ العيني ويجب التعويض مكانه ، فإنه لا يجوز القول بأن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض ، بل إن الالتزام باق بعينه ، وإنما تحول محله من التنفيذ العيني إلى التعويض . وهذا التحول يجرى بحكم القانون تمشياً مع مقتضى إرادة الطرفين ، فليس مما يتعارض مع إرادتهما ، إذا تعذر التنفيذ العيني بخطأ المدين ، أن يتحول محل الالتزام إلى تعويض . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(٢) . ولهذا التكييف أهمية عملية كبيرة . فلو قلنا إن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد ، لترتب على ذلك انقضاء التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي وانقطاع مدة التقادم التي

---

(١) ومنذ حرم الرق أصبح التعامل في الرقيق مستحيلا استحالة قانونية (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٧ ص ٢٥٠ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٩ ص ١٤٣) . وإذا قيدت ، أثناء الحرب مثلا ، الكميات التي تستهلك من البنزين أو الغاز أو الكهرباء ، أصبح الالتزام الذى يتعارض تنفيذه مع هذه القيود مستحيلا استحالة قانونية (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢) .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٩ .

كانت تسرى ضد هذا الالتزام ، ولترتب على ذلك أيضاً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد يكون التزاماً جديداً ليس مصدره العقد بل يكون المصدر خطأ تقصيرياً من المدين . أما إذا أخذنا بالرأى الصحيح وقلنا إن الالتزام يبقى بعينه مع تحول محله ، لترتب على ذلك أن التأمينات التى كانت تكفل التنفيذ العينى لا تنقضى ، بل تتحول إلى كفالة التعويض . ولترتب على ذلك أيضاً أن مدة التقادم لا تنقطع ، بل تبقى سارية ضد الالتزام بعد أن تحول محله من تنفيذ عينى إلى تعويض . فلو كانت المدة التى انقضت أربع عشرة سنة مثلا ، ثم استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين فتحول محله إلى تعويض ، فان حق الدائن فى التعويض يسقط بالتقادم بعد انقضاء سنة واحدة وهى التى تكمل المدة التى انقضت إلى خمس عشرة سنة ، لا بانقضاء مدة تقادم جديدة فيما لو قلنا إن الالتزام بالتعويض هو التزام جديد . ولترتب على ذلك أخيراً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد هو عين الالتزام الذى نشأ من العقد منذ البداية ، فيكون مصدره العقد لا خطأ تقصيرياً من المدين (١) .

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى (٢) — والسبب الأجنبى هو الحادث الفجائى (cas fortuit) أو القوة القاهرة (force majeure) ، وخطأ الدائن (faute du créancier) ، و فعل الغير (fait d'un tiers) — فان الالتزام ينقضى أصلا ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحول محله الى تعويض ، فالتعويض لا يكون مستحقاً ما دامت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى ولا ترجع إلى خطأ المدين . وعبء إثبات السبب الأجنبى يقع على المدين ، إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين أن يثبت تخلصه منه وفقاً للقواعد العامة ، وهنا لا يستطيع المدين أن يتخلص من الالتزام إلا إذا أثبت

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩١٦ ص ٧٢٨— بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٨ ص ١٤٣ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩ ولكن قارن فقرة ٦٠١ ص ٦٢٢ .

(٢) ويلاحظ أن السبب الأجنبى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فيقضيه إنما ينطبق بالأخص على الالتزامات العقدية . أما الالتزام الذى ينشأ عن عمل غير مشروع ، فهو لا ينشأ أصلا — وبالأولى لا ينقضى — بالسبب الأجنبى ، لأن السبب الأجنبى يزيل رابطة السببية فلا يتولد الالتزام (دى باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٧) . والذى ينقضى بالسبب الأجنبى إنما هو الالتزام القانونى العام ألا يضر شخص آخر بعمل غير مشروع ، إذا جاز أن يعد هذا التزاما

استحالة التنفيذ وأنها راجعة إلى سبب أجنبي (١) .

هذا وقد يرجع السبب الأجنبي إلى خطأ من المدين ، كما إذا كانت العين التي التزم بها قد احترقت أو سرقت وكان ذلك مصحوباً بتقصير من المدين . فلا يعتد في هذه الحالة بالسبب الأجنبي ، بل تعتبر استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين ، ولا ينقضي الالتزام ، بل يتحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض(٢) . وعبء إثبات خطأ المدين يقع في هذه الحالة على الدائن .

وقد يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبي ، فلا ينقضي الالتزام حتى لو استحال تنفيذه بسبب أجنبي ، ويتحول محله إلى تعويض . ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن ، يؤمنه من الحوادث التي ترجع إلى القوة القاهرة(٣) .

كذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، ولكن الدائن كان قد أعذر المدين قبل استحالة التنفيذ ، فان الإعذار يجعل المدين مسئولا عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ترجع إلى خطأه ، فلا ينقضي الالتزام بل يتحول محله إلى تعويض . وقد نصت الفقر ولى من المادة ٢٠٧ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا ال لدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فان هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن(٤) » . على أن الالتزام ينقضي ، حتى لو كان المدين قد أعذر قبل استحالة التنفيذ ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ مدنى على هذا الحكم صراحة

---

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٨ – وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) ، وما دامت الشروط اللازمة قانوناً لقيام القوة القاهرة متوافرة .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٣ – وانظر المادة ٣٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (آنفاً فقرة ٥٨٦ في الهامش) .

(٣) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٣ ص ٧٤٦ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ .

إذ تقول : « ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، مالم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة(١) » . بل إنه إذا كان الالتزام مترتباً فى ذمة السارق برد الشيء المسروق، فانه لا ينقضى حتى لو هلك الشيء بسبب أجنبى ، وحتى لو لم يكن السارق معذراً قبل هذا الهلاك ، وحتى لو أثبت السارق أن الشيء كان يهلك عند صاحبه لو أنه رده إليه . وهذا ماتنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٧ مدنى إذ تقول : « على أن الشيء المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت ، فان تبعة الهلاك تقع على السارق(٢) » .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على استحالة التنفيذ

٥٨٩ — انقضاء الالتزام وتوابعه : يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى على النحو الذى قدمناه أن ينقضى هذا الالتزام، إذ التنفيذ قد أصبح مستحيلا ، والمدين غير مسئول عن هذه الاستحالة ، فلا مناص من القول بانقضاء الالتزام (٣) .

وينقضى الالتزام بتوابعه ، وبخاصة تنقضى جميع التأمينات العينية والشخصية

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٢ — دى باج ٣ فقرة ٧٠٢ .

(٢) توليبه ٧ فقرة ٤٨٦ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٣ — جوسران ٢ فقرة ٩٦٢ — دى باج ٣ فقرة ٧٠٢ — وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٦ — ديرانتون ١٢ فقرة ٥٠٦ — وانظر فى كل ذلك الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٨ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٩ — وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً بسبب أجنبى ، تخلص المدين من الالتزام بتسليمه إلى الدائن الجزء غير الهالك (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٦)، ويجوز للدائن فى هذه الحالة أن يرفض تسلم الجزء غير الهالك لأنه لا يجبر على الوفاء الجزئى (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ perte de la chose due فقرة ؛) .

التي كانت تكفله . فاذا كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزم قبل استحالة تنفيذه، فان هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام، ويجب على الدائن أن يقوم بالاجراءات الواجبة لشطب القيد الذى كان يشهر هذه التأمينات .

وإذا كان للالتزام كفيل شخصي، ثم استحال تنفيذه بسبب أجنبي فانقضى، وبرئت ذمة المدين منه ، فان ذمة الكفيل الشخصي تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين .

وقد يكون الالتزام مترتباً فى ذمة مدينين متضامنين متعددين ، ثم يستحيل تنفيذه بسبب أجنبي فينقضي ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين . أما إذا استحال التنفيذ بخطأ أحد المدينين المتضامنين دون الباقى ، فان خطأ هذا المدين لا يتعدى أثره إلى باقى المدينين المتضامنين، ويكون هذا المدين وحده هو المسئول عن التعويض . أما الباقى فيعتبر خطأ المدين بالنسبة إليهم من قبيل فعل الغير ، أى يعتبر سبباً أجنبياً ، فينقضى الدين بالنسبة إليهم، وتبرأ ذمتهم منه . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى التضامن (١) .

كذلك إذا كان الالتزام مترتباً فى ذمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامنين ، واستحال تنفيذه لسبب أجنبي ، فانه ينقضي بالنسبة إلى جميع الدائنين المتضامنين .

ومتى انقضى الالتزام وتوابعه ، فان المدين يلتزم أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن الشيء الذى هلك . فاذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٩ ص ٣٠٩ هامش رقم ٢ — وقارن المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسي وبودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ .

هذا وإذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين ، فإن المحل يتحول إلى تعويض كما قدمنا ، ولا تبرأ ذمة المدين . كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلا للتعويض ، وكذلك لا تنقضى التأمينات بل تبقى ضامنة للتعويض (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥) .

أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل ، فإن ذمة المدين الأصلى تبرأ من الدين ، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين الأصلى (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥) . وتبرأ ذمة الكفيل — باعتباره كفيلا — ببراءة ذمة المدين الأصلى . ولكن الكفيل يكون مسئولا من فعله كدين أصلى نحو الدائن .

فاستحق المدين التعويض ، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه فى مبلغ التأمين أو حقه فى التعويض . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، هو نص المادة ٢٨٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « فى الالتزام بنقل حق عينى ، إذا هلك الشىء أو ضاع أو خرج من التعامل لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى فى التعويض عن هذا الشىء » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة (١) . وورد فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نص صريح فى هذا الحكم ، هو نص المادة ٣٤٣ (٢) .

٥٩٠ — تحمل التبعة فى العقد وفى الملك : وإذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي فقد انقضى دون أن يستوفى الدائن حقه ، لا عيناً ولا بمقابل .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١ – وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٧ وهامش رقم ١ . ويشتمل التقنين المدنى الفرنسى على نص يقرر هذا الحكم هو المادة ١٣٠٣ . وهذا النص ينتقده الفقه الفرنسى . فهو قد كان مفهوماً فى ضوء تقاليد القانون الماضية وأحكام القانون الرومانى ، إذ كان البيع لا ينقل الملكية . فيظل البائع مالكاً للشىء ، فإذا هلك كان البائع هو الذى يملك دعوى التعويض ، ومن ثم وجب أن ينقلها إلى المشترى . أما الآن فالبيع ينقل الملكية إلى المشترى ، ودعوى التعويض يملكها المشترى مباشرة ، دون حاجة إلى أن ينقلها إليه البائع . على أن النص لا يزال مفيداً فى الحالات التى يتراخى فيها نقل الملكية إلى المشترى ، فيهلك الشىء قبل أن تنتقل الملكية إليه (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٥ – بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٦ – فقرة ١٩٢٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ – دى باج ٣ فقرة ٧٠٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٤ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٨ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ perte de la chose due فقرة ٧ – فقرة ٨ . وانظر المادة ٣٧ من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ فى فرنسا الخاص بالتأمين .

(٢) ويجرى هذا النص على الوجه الآتى : « لا تبرأ ذمة المديون من أجل القوة القاهرة إلا بقدر استحالة التنفيذ ، فيمكن إذن ألا يكون سقوط الموجب إلا جزئياً . وفى جميع الأحوال ، حتى فى حالة سقوط الموجب كله ، يلزم المديون أن يتنازل للدائن عن الحقوق والدعاوى المختصة بالتعويض مما يتعلق بالموجب السابق ، كما يلزمه أن يسلم إليه ما بقى من الشىء الهالك إن كانت هناك بقية » . وانظر فى وجوب تسليم بقية الشىء الهالك : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٧ ص ٢٦٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ ص ٧٣١ .

ومن ثم إذا نظر إلى هذا الالتزام وحده ، كان الدائن هو الذى يتحمل تبعة استحالة التنفيذ ، إذ عليه هو الغرم دون المدين . ويصدق ذلك ، فيتحمل الدائن وحده تبعة استحالة التنفيذ ، إذا كان الالتزام الذى استحال تنفيذه ناشئاً من عقد ملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين فى هذا العقد تبرأ ذمته وينقضى التزامه باستحالة تنفيذه ، دون أن يكون للدائن تعويض مقابل ، إذ العقد لا ينشىء إلا هذا الالتزام فى جانب المدين . أما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين ، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبى ، فانقضى هذا الالتزام ، فان الالتزام المقابل ينقضى تبعاً لانقضاء الالتزام الأول . وقد نصت المادة ١٥٩ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (١) » . ويترتب على ذلك أن المدين فى العقد الملزم للجانبين ، إذا انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى يتحمل مع ذلك تبعة استحالة التنفيذ ، ولا يتحملها الدائن كما يتحملها فى العقد الملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين ، إذا كان قد تحلل من تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، يجد فى الوقت ذاته الالتزام الذى له فى ذمة الدائن — وهو الالتزام المقابل — قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول ، وانفسخ العقد ، فيقع عليه الغرم ، ومن ثم كان هو الذى يتحمل التبعة . وهذه هى نظرية تحمل التبعة فى العقد ، وهى كما نرى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى ، وقد سبق أن عالجناها فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

— وهناك إلى جانب تحمل التبعة فى العقد تحمل التبعة فى الملك . وقد انفرد التقنين المدنى العراقى بالنص على تحمل التبعة فى الملك ، عقب النص الذى أورده فى خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى . ونقتصر هنا

---

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ — فقرة ٤٩٠ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ — فقرة ٤٩٠ — وانظر أيضاً دى باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٧ — ص ٦٥٨ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ perte de la chose due فقرة ٦ — الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٢ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٤٣ — ص ٣٤٧ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٢ .

على إيراد النصوص التى اشتمل عليها هذا التقنين فى هذه المسألة ، مع التعليق عليها فى إيجاز(١) .

نصت المادة ٤٢٦ من التقنين المدنى العراقى على أنه « إذا انتقل الشىء إلى يد غير يد صاحبه ، بعقد أو بغير عقد ، وهلك دون تعد أو تقصير ، فان كانت اليد يد ضمان هلك الشىء على صاحب اليد ، وإن كانت يد أمانة هلك الشىء على صاحبه » . ونصت المادة ٤٢٧ على أنه « ١ — تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشىء بقصد تملكه ، وتكون يد أمانة إذا حاز الشىء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . ٢ — وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان ، إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك ، قد حبس الشىء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه » .

وتفرض هذه النصوص أن شيئاً قد انتقل من يد مالكه إلى يد غير المالك ، سواء انتقل بعقد كعارية أو وديعة أو إيجار ، أو انتقل بغير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية أو غصب . ثم يهلك الشىء فى يد غير المالك بسبب أجنبى . فاذا كان هناك التزام مترتب فى ذمة غير المالك برد الشىء إلى صاحبه ، وقلنا إن هذا الالتزام ينقضى لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى ، فان المالك هو الذى يتحمل تبعة هلاك الشىء وقد هلك فى غير يده . وهنا يميز التقنين المدنى العراقى — أخذا بأحكام الفقه الإسلامى — بين يد الضمان ويد الأمانة . فان كانت يد غير المالك يد ضمان ، فان التزامه برد الشىء إلى المالك لا ينقضى باستحالة تنفيذه ، بل يتحول هذا الالتزام إلى تعويض ، ويتحمل هو تبعة هلاك الشىء . أما إن كانت يد غير المالك يد أمانة ، فان التزامه برد الشىء إلى المالك ينقضى باستحالة تنفيذه ، ويتحمل المالك إذن تبعة هلاك الشىء وإن كان قد هلك فى غير يده ، لأنه هلك فى يد هى يد أمانة . ثم يضع التقنين العراقى معياراً ليد الضمان وليد الأمانة ، فيد الضمان هى يد غير المالك إذا حاز الشىء بقصد تملكه ، ويد الأمانة هى يد غير المالك إذا حاز الشىء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . فالغاصب ، والحائز بقصد التملك لاسيما إذا كان سيء النية ،

---

(١) والتقنين المدنى العراقى وحده هو الذى أورد هذه النصوص ، كما قدمنا ، فلم ترد فى التقنين المدنى المصرى ، ومن ثم يجب فى مصر تطبيق القواعد العامة فى هذه المسائل .

ومن أخذ الشيء على سوم الشراء ، كل هؤلاء يدهم على الشيء يد ضمان . فان هلك بسبب أجنبي ، وجب عليهم الضمان ، وتحملوا هم دون المالك تبعة الهلاك . أما المستعير والمودع عنده والمستأجر ومن أخذ الشيء على سوم النظر ، فهؤلاء يدهم يد أمانة . فان هلك الشيء فى يدهم بسبب أجنبي ، هلك على مالكه ، وانقضى التزام الحائز برد الشيء إلى مالكه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي .

ومع ذلك فان يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان ، فتكون تبعة الهلاك فى هذه الحالة على الحائز لا على المالك ، إذا كان الحائز ، ويده قد بدأت يد أمانة ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق ، أو أخذه بغير إذنه ، وإن كان قد فعل هذا أو ذاك بغير قصد التملك . ذلك أن الحائز ، فى هاتين الحالتين ، يكون بمثابة المدين المعذر الذى يتحمل تبعة هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي .

بقى بعد كل ذلك موقف البائع لعين معينة بالذات ، قبل تسليم هذه العين للمشترى . فهو من وجه يحوز الشيء بعد البيع لا بقصد تملكه ، وهو من وجه آخر يلتزم بتسليم الشيء إلى المشترى وهذا الالتزام مكمل لنقل الملكية ولم يقم بعد بتنفيذ التزامه . فان هلك الشيء فى يده قبل التسليم ، فهل تكون يده يد أمانة ولا يهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لا يحوز الشيء بقصد تملكه ، أم تكون يده يد ضمان ويهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لم يقم بعد بواجب التسليم وهو التزام مكمل لنقل الملكية ؟ تجيب المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى العراقى على هذا السؤال بما يأتى : « إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد ، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان ، وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس » . ومعنى ذلك أن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ، لأن يده تعتبر يد ضمان وإن كان غير مالك ، إذ لا يزال مترتباً فى ذمته واجب التسليم ولم يقم به وهو التزام مكمل لنقل الملكية . أما إذا قام سبب لحبس البائع المبيع فى يده ، بأن كان لم يستوف ثمنه الواجب الأداء ، فامتنع واجب التسليم بسبب قيام سبب الحبس ، فان يد البائع ، وقد كانت يد ضمان كما رأينا ، تنقلب إلى يد أمانة . فاذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، وهو محبوس فى يده بسبب عدم استيفاء الثمن ، لم يهلك عليه بل يهلك على المشترى .

الفصل الثالث

التقادم المسقط (*)

(Prescription extinctive)

تمهيد

٥٩١ — التقادم المسقط والتقادم المكسب — وجوب الفصل بينهما:

جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : « وفق التقنين الحالى (السابق) فى المباعدة بين أحكام التقادم المسقط وبين أحكام التقادم المكسب ، وقد تبعه المشروع فى ذلك . والحق أن هذين النظامين يختلفان كل الاختلاف من حيث الغاية والتطبيق والمشخصات الذاتية(١) » . فالتقنين المدنى الجديد قد فصل إذن — كما فصل التقنين المدنى السابق — ما بين التقادم

* مرجع : جوسار (Gossart) فى التقادم المسقط فى الدعاوى رسالة من باريس سنة ١٨٨٦ — جندارد (Gondard) فى وقف التقادم وقاعدة وقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ — جيرى (Guery) فى تقادم الدعوى العامة والدعوى المدنية رسالة من رن سنة ١٩٠٥ — بكنيو (Péquignot) فى التقادم الاتفاقى رسالة من ديجون سنة ١٩٠٥ — جوردان (Jourdan) فى التقادم فى التقنين المدنى الألمانى رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — بشرل (Becherel) فى تقادم الحقوق المعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — روشفور (Rochefort) فى تقادم الحقوق المعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — هولبو (Holleaux) فى تطور القواعد الخاصة بمدد التقادم القصيرة القائمة على قرينة الوفاء — رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — مونتل (Montel) بعض اعتبارات فى مسألة تنقيح التقادم : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٦٣٧ — كاربونييه (Carbonnier) فى قاعدة وقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه : المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ١٥٥ — تعليقات على التقادم المسقط : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٢ ص ١٧١ — فاسير (Vasseur) فى مواعيد السقوط ومواعيد التقادم ومواعيد المرافعات : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٠ ص ٤٣٩ — الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٠ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ .

المسقط فجعل مكانه بين أسباب انقضاء الالتزام ، وبين التقادم المكسب فجعل مكانه بين أسباب كسب الحقوق العينية .

والفرق بين هذين النوعين من التقادم ظاهر . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والعينية(١) على السواء ، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون . أما التقادم المكسب — وتقترن به الحيازة دائماً — فيكسب الحائز ماحازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون. ونرى من ذلك أن التقادم المسقط لايقترن بالحيازة ، ويسقط الحقوق العينية كما يسقط الحقوق الشخصية . وهذا بخلاف التقادم المكسب ، فانه يقترن بالحيازة ، ويكسب الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فاذا رفع صاحب الحق الذى سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب . ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية ، إذ الحائز حسن النية يملك الحق فى مدة أقصر من المدة التى يملكه فيها الحائز سيء النية . أما فى التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التى يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق ، لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه(٢) .

ونقتصر هنا على الكلام فى التقادم المسقط للحقوق الشخصية . أما الكلام فى

---

(١) فيما عدا حق الملكية .

(٢) على أن كلا من التقادم المسقط والتقادم المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به . وهذا ما دعا التقنين المدنى الفرنسى إلى الجمع بين النوعين فى باب واحد ، صدر بهذه القواعد المشتركة . وينتقد الفقه الفرنسى هذا المسلك ، ويعيب على التقنين المدنى الفرنسى جمعه بين نظامين يختلفان اختلافا جوهريا فى الغاية والنطاق والمقومات . ولم يشأ بوتييه أن يجمع بينهما ، فقد أفرد للتقادم المكسب كتابا خاصاً ووضع التقادم المسقط فى كتاب الالتزامات (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٣٠ — فقرة ٣١) .

التقادم المسقط للحقوق العينية (١) والتقادم المكسب لهذه الحقوق فيكون عند الكلام فى الحقوق العينية .

٥٩٢ — الأساس الذى يرتكز عليه التقادم المسقط : يرتكز التقادم المسقط على اعتبارات تمت للمصلحة العامة بسبب وثيق ، فان استقرار التعامل يقوم إلى حد كبير على فكرة التقادم . ويكفى أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم فى نظمه القانونية ، لندرك إلى أى حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار (٢) . فاذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التى مضت على استحقاقه ، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلا وحصل على مخالصة به ، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لانهاية له ، حتى يستطيع إبرازها فى أى وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين ! ويقع كثيراً أن يكون المدين قد مات ، أيكون للدائن أن يطالب الورثة بابراز المخالصة أو الوفاء بالدين ! أليس من حق المدين ومن حق ورثته من بعده أن يواجهوا الدائن ، وهو يطالب بدين مضت على استحقاقه

---

(١) فالحقوق العينية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، تسقط بعدم الاستعمال ، أى بالتقادم المسقط . وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال وإن كان يكسب بالتقادم ، ومجرد ترك العين أو إهمالها ، مهما يطل الزمن ، من غير أن يتعرض لها أحد أو يغتصبها وينكر حق مالكها فيها ، لا يترتب عليه البتة — لا فى الشريعة الإسلامية ولا فى غيرها من الشرائع — لا سقوط حق ملكيتها ولا منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن الإهمال المديد (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ٦٩٤ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ — وانظر أيضاً بالنسبة إلى عدم سقوط الدعوى بملكية الوقف : نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ و ٣٥٢ ص ١٠٩٧ وص ١٠٩٨ — ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٢ ص ٤٥٣ — أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ — أو إذا غصب الوقف غاصب وبقيت حيازته ثلاثاً وثلاثين سنة : أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) . ولكن إذا استحال حق الملكية إلى تعويض ، كأن أتلف الحائز ملك الغير الذى فى حيازته ، فإن دعوى التعويض تسقط بالتقادم ، وإن كانت الملكية ذاتها لو بقى الشىء ولم يتلف لم تكن لتسقط (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(٢) لوران ٣٢ فقرة د .

مدة طويلة ليس من المألوف أن يسكت فيها، لاعمخالصة بالدين لم تتيسر المحافظة عليها بعد انقضاء هـذه الأعوام الطوال فضاعت أو خفى مكانها ، بل بطلب إسقاط دعواه بعد أن سكت عنها طوال هذه المدة (١) ؛ أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض فى الدائن الذى سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ، أو فى القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ وكما يجب وضع حد للمنازعة فى الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضى ، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم . ولا بد أن تستقر الأوضاع فى الحالتين . فلا يتجدد النزاع فى كل وقت ولا يبقى حق الدائن فى المطالبة إلى غير نهاية (٢) .

فالتقادم المقسط لا يقوم على قرينة الوفاء . أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة . التى مضى عليها من الزمن مايكفى للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة (٣) . ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذى يحتم علينا أن نتساءل إلى متى يستطيع الدائن أن يطالب بالدين دون أن يواجه بتقادمه ؟ عشرين عاماً ، أو ثلاثين ، أو مائة ؟ لابد من تحديد وقت ما ، إذا انقضى لايستطيع الدائن أن يطالب بالدين . وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضاً بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاق المدين بجعله معرضاً للمطالبـة وقتاً أطول مما يجب ، ولا مباغتة الدائن باسقاط حقه فى وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع الفرنسى ثلاثين عاماً ، واختار المشرع المصرى خمسة عشر عاماً وهى المدة التى لايجوز بعدها سماع الدعوى فى الفقه الإسلامى . فاذا انقضت المدة التى يتم بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلا ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة ، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالا لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغتة المدين بعد ذلك

---

(١) جوسران ٢ فقرة ٩٦٧ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٣ .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٨ — فقرة ٢٩ وفقرة ٣٣ .

بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذى لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية . وقد دلت التجارب على أن طائفة من الدائنين يدعون بعد انقضاء مدة التقادم أنهم لم يستوفوا حقوقهم ، ولا يصدق فى دعواه منهم إلا القلة النادرة . أفمن أجل هذه القلة ، وهم بعد قد أهملوا إهمالا لا عذر لهم فيه ، تضحى الكثرة الغالبة من المدينين الذين قد برئت ذمتهم حقاً من ديونهم وتعذر عليهم استيفاء الدليل على براءة ذمتهم بعد انقضاء هذه المدة الطويلة (١) !

من أجل كل هذه الاعتبارات شرع التقادم . وقد أخذت به جميع الشرائع ، حتى أن الشرائع التى لم تأخذ به بطريق مباشر فتسقط الدين بالتقادم ، أخذت به بطريق غير مباشر فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم .

وإذا كانت الاعتبارات التى قدمناها هى الأساس الذى يرتكز عليه التقادم المسقط بوجه عام ، فهناك اعتبارات أخرى تتعلق بحالات خاصة من هذا التقادم . فتقادم الدين الدورى المتجدد بخمس سنوات يقوم على أساس آخر غير استقرار التعامل . ذلك أن هذا الدين يدفعه المدين عادة من ريعه لا من رأس ماله ، فاذا تراكم المستحق منه لمدة أطول من خمس سنوات ، اضطر المدين أن يدفع الدين من رأس المال لا من الريع ، فكان هذا مرهقاً له . فاذا أضيف إلى ذلك أن الدائن قد أهمل المطالبة بحقه مدة تزيد على خمس سنوات ، كان من الانصاف للمدين أن يسقط القانون من هذه الديون ما مضى على استحقاقه أكثر من هذه المدة . ومن ثم قضت المادة ٣٧٥ مدنى بأن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ولو أقر بها المدين ، فليس التقادم هنا إذن مبنياً على قرينة الوفاء ، بل ولا على استقرار التعامل ، وإنما بنى على الاعتبارات التى تقدم ذكرها .

أما حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور ومن ثمن ما قاموا به من توريدات ، فتتقادم بسنة واحدة (م ٣٧٨ مدنى) . والتقادم هنا مبنى رأساً على قرينة الوفاء ، إذ ليس من

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٥ .

المألوف أن يسكت هؤلاء الدائنون عن استيفاء حقوقهم أكثر من عام ، فاذا كانوا قد سكتوا طول هذه المدة عن المطالبة بها فالمفروض أنهم قد استوفوها. ومن ثم أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ مدنى على المدين الذى يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، فان نكل فقد انتقضت قرينة الوفاء ، وبقى الحق قائماً للدائن أن يستوفيه (١) .

٥٩٣ — *لمحة تاريخية* : تأخر التقادم المسقط فى القانون الرومانى عن التقادم المكسب فى الظهور.. فقد كانت الدعاوى فى هذا القانون ، إلى عهد طويل ، أبدية لا تتقادم . والدعاوى التى كانت تتوقت بمدة معينة هى الدعاوى البريطورية ، إذ كان البريطور يمنحها لمدة سنة واحدة . ثم أصدر الإمبراطور ثيودوس Théodose ، فى سنة ٤٢٤ ، قانوناً معروفاً قرر فيه أن الدعاوى ، شخصية كانت أو عينية ، تتقادم فى الأصل بثلاثين سنة ، وبعضها يتقادم استثناء بأربعين . وخلط جوستنيان فى مجموعاته بين التقادم المسقط والتقادم المكسب ، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، وكان مصدراً لكثير من الاضطراب والتشويش فى تفهم أحكام التقادم ، سواء فى القانون الرومانى أو فى القانون الفرنسى(٢) .

وأخذ التقادم الثلاثينى الذى عرفه القانون الرومانى طريقه إلى القانون الفرنسى القديم . على أن العادات الجرمانية وبعضها كان يجعل التقادم سنة واحدة ، والقانون الكنسى وقد عمل كثيراً على تعديل أحكام القانون الرومانى فى التقادم باقامته على قرينة الوفاء (٣) ، والأوامر الملكية وقد خلقت كثيراً

---

(١) كذلك التقادم الخمسى الخاص بالدعاوى الناشئة من الكمبيالات والسندات الإذنية ونحوها من الأوراق التجارية (م ١٩٤ تجارى) يقوم على قرينة الوفاء ، ويحلف المدين اليمين على أنه أدى الدين . وتقادم دعاوى البطلان ، لنقص الأهلية أو لعيوب الرضاء ، بثلاث سنوات يقوم على قرينة أن العاقد قد أجاز العقد .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ١٣ — فقرة ١٤ .

(٣) وقد حاول قانون الكنيسة كثيراً أن يضعف من نظام التقادم الرومانى ، إذ رآه مخالفاً لما تقتضيه نزاهة التعامل . فهو فى نظره يقر الاغتصاب ، ويجيز للمدين أن يبرىء ذمته دون أن يوفى دينه . فأكثر من أسباب وقف التقادم ، وأقام التقادم المسقط على قرينة الوفاء لا على أساس =

من مدد التقادم القصيرة واحتفظ ببعضها التقنين المدنى الفرنسى ، وما منح لبعض الهيئات كالكنيسة وأملاك التاج من ميزة فى ألا يجرى فى حقها التقادم أو فى أن يجرى تقادم أطول ، كل هذا زاحم نفوذ القانون الرومانى وعدل من أحكامه فى التقادم .

فالمصادر التاريخية للتقادم فى التقنين المدنى الفرنسى هى إذن القانون الرومانى وقانون الكنيسة والعادات الجرمانية والأوامر الملكية (٣) .

٥٩٤ — التمييز بين التقادم المسقط والسقوط (déchéance) :
ومواعيد التقادم المسقط تشتبه بمواعيد أخرى يقال لها المواعيد المسقطة (délais de déchéance) . والمواعيد المسقطة هذه لها مهمة غير المهمة التى لمواعيد التقادم . فهى ق... ...عها القانون ، لا كما فى مواعيد التقادم المسقط لحماية الأوضاع المستقرة أو للجزاء على إهمال الدائن أو لتقوم قرينة على الوفاء ، بل لتعيين الميعاد الذى يجب أن يتم فيه حتما عمل معين ، وبخاصة لتحديد الوقت الذى يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون . فهى مواعيد حتمية ، لا بد أن يتم العمل المعين فى خلالها ، وإلا كان باطلا . ولذلك فهى تختلف عن مواعيد التقادم ، لا فى المهمة التى تقوم بها فحسب ، بل أيضاً فى كيفية إعمالها . فيجوز للقاضى إثارتها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم بها ، ولا تنقطع ، ولا يقف سريانها ، ولا يتخلف عنها التزام طبيعى . وهذا بخلاف التقادم ، فسنرى أن الخصم يجب أن يتمسك به ، ويجوز أن ينقطع سريانه ، كما يجوز أن يقف هذا السريان ، ويتخلف عن التقادم التزام طبيعى . وسنرى أيضاً أن الحق المتقادم اذا لم يصلح أن يكون طلباً فانه يصلح أن يكون دفعاً إذ الدفوع لا تتقادم ، أما الحق الذى سقط لعدم استعماله فى الميعاد فلا يصلح لا طلباً ولا دفعاً (٤) .

= استقرار التعامل ، وأدخل فى التقادم المكسب عنصر حسن النية ، وبذل جهداً كبيراً فى عرقلة هذا النظام (بودرى وتيسييه فقرة ١٩) .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٢ .

(٤) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧١ ص٥٣٢ — ص ٥٣٨ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٩٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢١ — جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤ — فقرة ١٠٠٦ — وقارن بودرى =

ويحدث أن يقرر القانون ميعاداً تقوم الشبهة فى شأنه ، هل هو ميعاد تقادم أو هو ميعاد مسقط ، ويكون من المهم التعرف إلى طبيعة هذا الميعاد لما بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة من الفروق التى تقدم ذكرها . ويغلب أن تكون المواعيد المسقطة قصيرة ، على خلاف مواعيد التقادم . ويغلب أيضاً أن يتولى النص التشريعى نفسه بيان ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم ، أو هو ميعاد مسقط . غير أن هاتين العلامتين الماديتين لا يمكن الاعتماد عليهما دائماً . فالعلامة الأولى قد لا تصدق ، إذ أن من مواعيد التقادم ما هو قصير ، ومن المواعيد المسقطة ما يصل فى الطول إلى الحد الذى يبلغه بعض مواعيد التقادم . والعلامة الأخرى قد تتخلف ، ويسكت النص عن بيان طبيعة الميعاد(١) . وخير معيار للتعرف على ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم أو ميعاداً مسقطاً ، هو تبين الغرض الذى قصد إليه القانون من تقرير هذا الميعاد . فان كان لحماية الأوضاع المستقرة أو لغير ذلك من أغراض التقادم (٢) ، فهو ميعاد تقادم . وإن كان لتحديد

= وتيسييه فقرة ٣٩ ص ٣٩ — ص ٤٠ — ويذهب بودرى وتيسييه إلى أن المواعيد المسقطة ليست إلا مواعيد تقادم تخضع لأحكام خاصة ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (بودرى وتيسييه فقرة ٤٠ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣١٧ — فقرة ٣١٨) .

وانظر فى الآراء المختلفة فى التمييز بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٤٠ — فقرة ٤٩ .

(١) ومما يزيد فى دقة التمييز أن هناك مواعيد تقضى النصوص بجواز انقطاع سريانها دون جواز وقف السريان ، وذلك كالتقادم الذى لا تزيد مدته على خمس سنوات (م ٣٨٢/٢ مدنى) . والأصل فى هذه المواعيد أن تكون مدد تقادم ما لم يكن الغرض الأصلى من تقريرها أن تكون مواعيد مسقطة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ — ص ٨٢١ — وانظر أيضاً بودرى وتيسييه فقرة ٣٩ ص ٣٧ — ص ٣٩) .

(٢) فن أغراض التقادم أيضاً أن يكون قرينة على الوفاء ، فالدين الذى مضت عليه مدة التقادم يغلب فى الواقع أن يكون قد وفى ، والمشرع يجعل هذا الغالب الواقعى حقيقة قانونية . فالتقادم طريق للاثبات ، أو بالأحرى إعفاء من الإثبات ، أكثر منه سبباً لانقضاء الالتزام . أما فى المواعيد المسقطة فالمشرع لا يضع قرينة ولا يفترض أمراً ، بل هو يحتم على صاحب الحق أن يستعمله فى وقت معين وإلا سقط . فسقوط الحق لا يقوم على قرينة الوفاء ، بل هو عقوبة على عدم استعمال الحق فى الوقت المحدد (انظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤) .

الوقت الذى يجب فى خلاله استعمال حق أو رخصة ، فهو ميعاد مسقط (١) .

ونأتى بأمثلة على ما قدمناه من نصوص التقنين المدنى المصرى . فالمواد من ٣٧٤ إلى ٣٧٨ مدنى صريحة فى أن المواعيد المبينة فيها هى مواعيد تقادم : خمس عشرة سنة للتقادم العادى (م ٣٧٤) ، وخمس سنوات لتقادم الحقوق الدورية المتجددة وحقوق أصحاب المهن الحرة (م ٣٧٥ – ٣٧٦) ، وثلاث سنوات لتقادم الضرائب والرسوم (م ٣٧٧) ، وسنة لتقادم حقوق التجار والصناع والعمال والخدم ومن إليهم (م ٣٧٨) . كذلك المادة ١٤٠ فى تقادم دعاوى

---

(١) ومن ثم يكون الميعاد المسقط عنصراً من عناصر الحق يدخل تكوينه ولا يتم الحق بدونه ، ولابد فى الحق حتى يكون تاما من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية فى هذا المعنى بأن الفرق بين مدة التقادم المسقط ومدة السقوط أن الحق الأصلى فى الأولى مقرر من قبل وتام الوجود ، وأما الحق فى الثانية فهو لم يكن تام الوجود والتكوين بل لابد فيه حتى يكون تاما من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . ولذلك فالمدة فى أحوال السقوط لازمة لتكوين الحق ، بخلاف مدة التقادم فهى ليست لازمة لتكوينه لأنه سبق أن تكون من قبل . فإذا طالب المالك فى حالة مدة التقادم بحقه ، فإنما يطلب حقاً مقرراً كاملا . أما فى الأحوال المقرر لها مدة السقوط ، فالمدعى ملزم برفع الدعوى فى غضون المدة حتى يظهر حقه كاملا ، وبدون رفع الدعوى لا يكون الحق موجوداً بتمامه . ولذلك كان الحق الكامل الموجود بتمامه فى مدة التقادم يدنى الشارع بحمايته ، من حيث القطع والإيقاف فى المدة . وأما شبه الحق فى مدة السقوط فهو ليس جديراً بحماية الشارع له بقطع أو إيقاف ، بمعنى أن مدة السقوط لا تقبل تطويلا بإيقاف سريانها أو قطعها فى مصلحة المدعى ، لأن الحق لم يولد كاملا بعد حتى يتقرر له حق الحماية (أول أغسطس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣٥) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن مواعيد السقوط تختلف عن مواعيد التقادم فى أن الأولى تقوم على فكرة وجود أجل قانونى يتناول أصل الحق ويسقطه ، بخلاف الثانية فإنها تقوم على إيقاع جزاء على إهمال صاحب الشأن فيها . ويترتب على ذلك ألا تطبق فى الأولى قواعد وقف المدة أو انقطاعها ، فهى تتم فى الميعاد المحدد ولو كان يوم عيد ، حتى لو اعترض الموعد حالة من حالات القوة القاهرة ، بخلاف مواعيد التقادم . وكذلك لا يجوز تعديل مواعيد السقوط بإرادة ذوى الشأن لا بالامتداد ولا بالإنقاص ، بخلاف مواعيد التقادم فإن هذا جائز فى شأنها إذ يجوز أثناء النزاع التنازل عن المدة السابقة ويجوز التسامح فى مدها لمدة جديدة . وكذلك لا يجوز التنازل عن مواعيد السقوط بعد سريانها ، وعلى القاضى أن يراعى ذلك من تلقاء نفسه ، ويحتم عليه القانون وجوب احترامها بغير أن يدفع أحد طرفى الخصومة . ومتى تم سريان ميعاد السقوط انقضى الحق بصفة مطلقة ، بخلاف الحال فى التقادم (٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ١٨١) .

الإبطال بثلاث سنوات ، والمادة ١٧٢ فى تقادم دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع ، والمواد ١٨٠ و١٨٧ و١٩٧ فى تقادم دعاوى الإثراء بلا سبب واسترداد غير المستحق والفضالة ، صريحة هى أيضاً فى أن المواعيد مواعيد تقادم (١) .

ولكن الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ مدنى ، فى خصوص دعوى الاستغلال ، تنص على أنه « يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » . فهنا الميعاد ميعاد مسقط ، لا ميعاد تقادم (٢) . وتقضى الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ مدنى ، فى خصوص الوعد بجائزة ، بأن « تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور » . فالميعاد هنا ميعاد مسقط . ومن المواعيد المسقطة ما نصت عليه

---

(١) وتصرح المادة ٤٢٦ مدنى بأن دعوى تكملة الثمن للغبن الفاحش تتقادم بثلاث سنوات ، وكان التقنين السابق (م ٣٣٧/٤٠٠) يجعل المدة مدة سقوط لا تقادم ويحددها بسنتين . وكذلك تصرح المادة ٤٥٢ مدنى بأن دعوى الضمان للعيب الخفى فى المبيع تتقادم بسنة من وقت تسلم المبيع ، وكان التقنين السابق (٣٢٤/٤٠٢) يجعلها تسقط — لا تتقادم — بثمانية أيام من وقت كشف العيب . وكذلك تصرح المادة ٤٣٤ مدنى بأن دعوى العجز والزيادة فى مقدار المبيع تتقادم بسنة من وقت تسلم المبيع ، وكان الفقه والقضاء فى عهد التقنين السابق يفسران النص المقابل (م ٢٩٦/٣٧٠) بأن مدة السنة من وقت العقد هى مدة سقوط لا تقادم ، وهذا بالرغم من أن الأصل الفرنسى لهذا النص ذكر لفظ التقادم (se prescrivent) : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٨ — ص ٦٢٩ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٩ وقارن فقرة ٣٢٢ ص ٤٤٥ حيث وردت عبارة « مدة التقادم فى الاستغلال » وصحتها المدة المسقطة — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٢٣ — ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض — فى ميعاد مشابه — بأنه فيما يتعلق بالمدة المعينة لرفع دعوى منع التعرض ، فإن مدة السنة ، المشترط فى المادة ٢٦ مرافعات (قديم ويقابلها م ٩٦١ مدنى جديد) عدم مضيها على الفعل الصادر من المدعى عليه ، هى مدة تقادم خاص تسرى عليه قواعد الانقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادى . فإذا رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالباً إزالة السد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه ، فإن هذا الطلب ، إذ يعتبر بمبناه ومعناه طلباً بمنع التعرض ، يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها ، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣) .

المادة ٢٤٨ (١) ، والمادة ٣٢٢ (٢) ، والمادة ٤٥٥ (٣) ، والمادة ٧٣٩ (٤) ، والماة ٨٤٥ (٥) ، والمادة ٩٤٨ (٦) ، والمادة ٩٦١ (٧) ، والمادة ٩٧٧ (٨) .

---

(١) وتنص على ما يأتى : « يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه » .

(٢) وتنص فى بيع العقار المرهون على ما يأتى : « إذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين المضمون بالرهن ، وسجل عقد البيع . تعين على الدائن ، متى أعلن رسمياً بالحوالة ، أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقراراً » .

(٣) وتنص على ما يأتى : « إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

(٤) وتنص على ما يأتى : « ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك » .

(٥) وتنص على ما يأتى فى خصوص دعوى نقض القسمة للغبن : « ويجب أن ترفع الدعوى فى خلال السنة التالية للقسمة » .

(٦) وتنص على ما يأتى : « يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » . انظر فى أن هذا الميعاد ميعاد سقوط : نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ — وكذلك يعتبر ميعاد الخمسة عشر يوماً لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (م ٩٤٠) ، وميعاد الثلاثين يوماً لإيداع الثمن خزانة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة (م ٩٤٢ — ٩٥٣) ، من المواعيد المسقطة (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .

(٧) وتنص على ما يأتى : « من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض فى حيازته ، جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض » .

(٨) وتنص على ما يأتى : « يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » — انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٢٣ — ص ٣٢٤ .

وتحدد المادة العاشرة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات العمل ستة أشهر لرفع الدعوى ، والمدة مدة مسقطة لا تنقطع (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٨ ص ٣٣٩) .

وفى التقنين التجارى ، كما فى التقنين المدنى ، مواعيد تقادم ومواعيد مسقطة . فن أمثلة مواعيد التقادم ما نصت عليه المادة ٦٥ فى خصوص الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركات ، وما نصت =

ويلاحظ أن من المواعيد المسقطة ما يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على إطالته أو تقصيره ، ومنها لا يعتبر من النظـام العام فيجوز فيه الاتفاق على ذلك (١) .

= عليه المادة ١٠٤ فى خصوص الدعاوى التى ترفع على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل بسبب التأخر فى نقل البضاعة أو بسبب ضياعها أو تلفها (انظر نقض مدنى ٥ نوفبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٩ ص ١٥٦) ، وما نصت عليه المادة ١٩٤ فى خصوص دعاوى الكمبيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها . ومن أمثلة المواعيد المسقطة ما نصت عليه المادة ١٢٤ فى خصوص ميعاد قبول الكمبيالة ، وما نصت عليه المادة ١٦٠ فى خصوص طلب دفع قيمة الكمبيالة أو قبولها ، وما نصت عليه المادة ١٦٢ فى خصوص ميعاد عمل البروتستو ، وما نصت عليه المادة ٢٨٩ فى خصوص ميعاد تقدم الدائنين فى التفليسة .

(١) بودرى وتسيه فقرة ٣٩ ص ٣٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ – وقد رأينا فى بعض النصوص المتقدمة ما يصرح بذلك . فالمادة ٤٥٤ مدنى ، وهى تحدد ميعاد الشهر لإخطار البائع بالخلل الذى فى المبيع وميعاد ستة الشهور لرفع الدعوى ، تقول بعد ذلك : كل هذا ما لم يتفق على غيره . فليست هذه المواعيد إذن من النظام العام ، بل يجوز الاتفاق على إطالتها أو على تقصيرها . والمادة ٧٣٩ مدنى ميعاد ثلاث للسنوات لاسترداد الخاسر فى مقامرة أو رهان ما خسره ، تقول بعد هذا : ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . فالميعاد هنا يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على إطالته أو تقصيره . وسائر المواعيد المسقطة تكون من النظام العام أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كانت تحقق مصلحة عليا للمجتمع أو كانت مقصورة على حماية مصالح الأفراد . فيعاد دعوى الاستغلال مثلا يمكن اعتباره من النظام العام ، أما ميعاد دعوى نقض القسمة للغبن فيبدو أنه لا يعتبر من النظام العام .

هذا وإلى جانب المواعيد المسقطة توجد مواعيد المرافعات (délais de procédure) ، كمواعيد الحضور ومواعيد الطعن فى الأحكام ، فهذه أيضاً لها أحكامها الخاصة المعروفة فى قانون المرافعات ، وهى أيضـاً لا تنقطع ولا يقف سريانها – وتوجد أيضاً المواعيد التنظيمية (délais de police juridique) . نذكر منها ما نصت عليه المادة ٢٦٢ مدنى من أنه « تنتهى حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار » ، وما نصت عليه المادة ٥٤٤ مدنى من أنه « إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هـذا الإعلان » ، وما نصت عليه المادة ٦٥١ مدنى من أنه « يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه » (قارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام ص ٦٧ – أما المادة ٦٥٤ مدنى فتحدد ميعاد تقادم مسقط للدعوى ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب) ، وما نصت عليه المادة ٨٧٤ مدنى فى خصوص تملك الأراضى المباحة بالاستيلاء من أن واضع اليد « يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك » . وهذه أيضاً مواعيد لا تنقطع ولا يقف سريانها . انظر بودرى وتسيه فقرة ٣٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٣٢ .

٥٩٥ — خطة البحث : وسنجرى فى بحث التقادم كما جرينا فى بحث المقاصة ، فنبحث الموضوعين الآتيين : (أولا) المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم ، فنبحث مدد التقادم المختلفة ، وكيفية حساب المدة ، ووقف التقادم ، وانقطاعه . (ثانياً) كيف يجب إعمال التقادم ، وما هى الآثار التى تترتب عليه (١) .

الفرع الأول

المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم

المبحث الأول

مدد التقادم المختلفة

٥٩٦ — القاعدة العامة والاستثناءات — النصوص القانونية :

تنص المادة ٣٧٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) ولم يستحدث التقنين المدنى الجديد تعديلات كثيرة فى أحكام التقادم . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد جعل المشروع مدة التقادم المعتادة خمس عشرة سنة ، كما هو الشأن فى التقنين الراهن (السابق) . ولم ير تعديل المدد المقررة فى هذا التقنين ، فيما عدا نصوصاً معينة أخصها ما تعلق بالتقادم الثلاثى فى المسئولية التقصيرية والإثراء بلا سبب وعيوب الرضا ونقص الأهلية . وعلى ذلك اقتصر الأمر على تعديل مدة التقادم الحولى ، فجعلت سنة بدلا من ثلثمائة وستين يوما ، حتى يرتفع من التقنين الحالى (السابق) ذلك التناقض الملحوظ بين النصوص المتعلقة بالتقادم والنصوص الخاصة بحقوق الامتياز . وقد ضبط المشروع حدود بعض الأحكام ، كما استحدث أحكاماً أخرى فيما يتعلق باحتساب مدد التقادم وأسباب وقفه وانقطاعه وآثاره ، ثم إنه عين بدء سريان المدة ، ولا سيما فيما يتعلق بالديون التى يتوقف استحقاقها على إرادة الدائن . ويراعى أن النصوص الخاصة بوقف التقادم لا تحول دون سريان المدة بالنسبة لناقص الأهلية ، إلا إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً . كما أنها تقضى بعدم سريان المدة ، كقاعدة عامة ، كلما وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ويراعى من ناحية أخرى أن =

« يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٠٨/٢٧٢ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٧٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٦١ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٢٩ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٤٤ و ٣٤٩ (٣) .

= نصوصاً أخرى قد تناولت أسباب انقطاع التقادم ، واشترطت لذلك ... رفع الدعوى أو أى إجراء مماثل . أما آثار التقادم فقد فصلت تفصيلا واضحاً ، فنص على وجوب تمسك المدين به كما نص على استناد أثر انقضاء الالتزام بالتقادم وتخلف التزام طبيعى فى ذمة المدين من بعد . وأخيراً قضى المشروع بعدم جواز الاتفاق على تعديل مدد التقادم بأى حال ، فلم يجز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، وإنما أجاز التنازل بعد ثبوت هذا الحق فى غير إخلال بحقوق الدائنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ — ٣٠١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد مع تحوير لفظى لا يغير المعنى . وفى لجنة المراجعة جعل النص مطابقاً كل المطابقة ، وأصبح رقمه ٣٨٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ — ص ٣٠٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٠٨/٢٧٢ : جميع التعهدات والديون تزول بمضى مدة خمس عشرة سنة ، ما عدا الاستثناءات الآتية بعد والأحوال المخصوصة المصرح بها فى القانون .
(ويتفق الحكم فى التقنينين السابق والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٧٢ (مطابقة للمادة ٣٧٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٦١ (مطابقة للمادة ٣٧٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٢٩ : الدعوى بالتزام ، أياً كان سببه ، لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة ، مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة . (والتقنين العراقى أخذ عن الشريعة الإسلامية مبدأ عدم سماع الدعوى لا سقوط الحق : انظر مقالا للأستاذ ضياء شيت فى التقادم المسقط فى القانون المدنى العراقى منشوراً فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشر ص ٤٥ — ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٤٤ : تسقط الموجبات بتقادم الدائن الذى يتخذ التذرع بحقوقه سحابة مدة من الزمان .

م ٣٤٩ : إن مرور الزمن يتم فى الأساس بعد انقضاء عشر سنوات .

ويخلص من هذا النص أن القاعدة العامة فى مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية(١) ، وهذه المدة تسرى بالنسبة إلى كل التزام لم ينص القانون فى خصوصه على مدة أخرى . والمدة فى التقنين المدنى الفرنسى هى ثلاثون سنة كما رأينا(٢) ، ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد استبقى مدة التقادم كما كانت فى التقنين المدنى السابق ، وهى مدة أخذت عن الشريعة الإسلامية فى نظامها المعروف من منع سماع الدعوى ، وقد روعى فى تحديدها أنها مدة مناسبة ، لا هى بالطويلة بحيث ترهق المدين ، ولا هى بالقصيرة بحيث تباغت الدائن ، ثم هى المدة التى ألفها الناس منذ حقب طويلة(٣) .

ويرد على هذه القاعدة العامة استثناءات كثيرة ، بعضها متناثر فى نصوص متفرقة وقد سبقت دراسة أكثرها ، وبعضها فى نصوص أعقبت مباشرة النص الذى أورد القاعدة العامة وستكون دراستها فى هذا المكان .

٥٩٧ — القاعدة العامة — مدة التقادم خمس عشرة سنة : قدمنا أن القاعدة العامة فى مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ، فما لم يرد نص

= (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن مدة التقادم المعتادة فى التقنين اللبنانى عشر سنوات وهى خمس عشرة سنة فى التقنين المصرى) .

(١) ذلك أن القاعدة العامة تقضى بأن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » (م ٣ مدنى) .

(٢) وينتقد الفقه الفرنسى طول مدة التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى ، وقد قدمت مقترحات لتقصيرها إلى عشرين سنة أو أقل ، ولكن التقنين الفرنسى لم يعدل حتى الآن فى هذه المسألة . والقوانين الأجنبية تحدد مدة أقصر للتقادم ، ففى النرويج والسويد والدنمارك حددت مدة التقادم بعشرين سنة بموجب قوانين خاصة ، والتقنين الأسبانى (م ١٩٦٣) يحدد مدة التقادم بخمس عشرة سنة ، وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٤٦) والتقنين المدنى الإيطالى الجديد (م ٢٩٤٦) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٣٤٩) تحدد مدة التقادم بعشر سنوات . انظر فى انتقاد طول مدة التقادم فى فرنسا بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٧ مكررة — وينتقد بلانيول وريبير وردوان (جزء ٧ فقرة ١٣٢٧) تنوع مدد التقادم تنوعاً يوقع فى الخلط والارتباك ، ولكنهم (جزء ٧ فقرة ١٣٢٩) مع ذلك يرون استبقاء الثلاثين سنة مدة للتقادم كقاعدة عامة ، حتى يتسع الوقت للدائن للمطالبة بحقه ، فلا يكون التقادم وسيلة لاغتصاب الحقوق .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ .

خاص يقرر مدة أقل أو أكثر بالنسبة إلى التزام معين ، فان مدة تقادم هذا الالتزام تكون خمس عشرة سنة .

على أن هنـاك حقوقاً غير قابلة للتقادم ، وهي الحقوق التي لا يجيز النظام العام التعامل فيها ، كالحقوق المتعلقة بالحالة المدنية (إلا ماتفرع عنها من حقوق مالية)(١) والحقوق المتعلقة بالاسم(٢) .

ويجب التمييز بين الحق ومجرد الرخصـة (pure faculté) فاذا كان الحق يتقادم فان الرخصة لا تقبل التقادم . ومن ثم لا يتقادم حق الفرد في اتخاذ المهنة التي يريدها ما دام قد استوفى شرائطها ، ولا حقه في أن يبني أو يغرس في أرضه ، ولا حقه في أن يجبر جاره على وضع حـدود لاملاكهما المتلاصقة ، ولا حقه في المرور بأرض مجاورة إذا كانت أرضه محبوسة عن الطريق العام ، ولا حقه في الشرب والمجرى والمسيل ، ولا حقه في طلب قسمة المـال الشـائع . فكل هذه رخص تتعلق بالحرية الشخصية أو بحق الملكية ، وهـذا وتلك لايقبلان التقادم (٣) .

ودعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحـد المتعاقدين أو من الغير ، لأن المطلوب فيها هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهي حقيقة قائمة مستمرة ليس من شأن التقادم أن يؤثر فيها (٤) .

وكان ينبغي أن دعوى البطلان المطلق تكون غير قابلة للتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الزمن (٥) . ولكن التقنين

---

(١) فالحق في النسب لا يسقط بالتقادم ، ولكن يسقط بالتقادم ما ترتب على النسب من حقوق مالية كنفقة متجمدة ونصيب الوارث في التركة .

(٢) بودري وتيسييه فقرة ١٥٧ — فقرة ١٠٩ .

(٣) بودري وتيسييه فقرة ١٦٣ — فقرة ١٧٢ . ودعوى طلب إثبات صحة التوقيع لا تتقادم لأنها رخصة وليست التزاماً (سوهاج ٥ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٤ ص ١٣٩٧) — وحكم مرسى المزاد لا يتقادم كسبب ناقل للملكية ، ولا يتعدى أثر التقادم إلا إلى الصيغة التنفيذية (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩) .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٧ .

(٥) انظر في هـذا المعنى نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٨ ص ٢٧١ — ٧ ابريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٩ ص ٩٤٤ .

المدنى الجديد ، تمشياً مع القضاء الفرنسي ومع بعض الفقهاء الفرنسيين، نص فى الفقرة الثانية من المادة ١٤١ على ما يأتى : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (١) » . أما الدفع بالبطلان المطلق ، فلا يسقط بالتقادم (٥).ويناقش الفقه فى فرنسا ما إذا كان الدفع بوجه عام يسقط بالتقادم كالدعوى ، أو لا يسقط ، وسنعود إلى هذه المسألة فيا يلى (٢) .

وإذا أخذ الدائن رهناً حيازياً ضماناً لحقه ، فما دام هذا الرهن فى يده فان حقه لا يتقادم، ذلك أن وجود الرهن فى حيازته يعتبر قطعاً مستمراً للتقادم(٣). أما حق الراهن فى استرداد الرهن ، وكذلك حق المودع فى استرداد الوديعة ، فانهما يسقطان بالتقادم . ولكن يستطيع الراهن أو المودع الاسترداد، لا بموجب الدعوى الشخصية التى تقادمت، ولكن بموجب دعوى الاستحقاق العينية القائمة على حق الملكية فهذه لا تتقادم، بل لا يعارضها تقادم مكسب من جانب المرتهن أو المودع عنده فأنهما لم يحوزا الشىء إلا حيازة عارضة (٤) .

وإذا كانت هناك حقوق تتقادم بمدد خاصة بموجب نصوص تشريعية ، وجب تفسير هذه النصوص تفسيراً ضيقاً بحيث لاتسرى إلا على الحالات بالذات التى تضمنتها . وما خرج عن هذه الحالات فانه يرجع إلى أصل القاعدة ، وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة (٥) .

---

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٣١٩ – بودرى وتيسييه فقرة ٥٨٩ – فقرة ٥٩١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ .

(٣) انظر فقرة ٦٦٩ فيما يلى – وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٦٠٩ – فقرة ٦١٢ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٨ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقره ١٣٢٨ .

(٥) فإذا وفى شخص بالوكالة عن المدين ديناً يتقادم بمدة قصيرة ، كالفوائد تسقط بخمس سنوات ، وكالضرائب تسقط بثلاث سنوات ، ورجع بدعوى الوكالة على المدين ، فإن هذه الدعوى لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٦٤ ص ١١٧ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٠٠) . ودعوى الموكل على الوكيل بتقديم حساب دعوى شخصية تسقط بخمس عشرة سنة (استئناف وطنى ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٤٦ – استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) ، ولو كان ذلك عن نصيب الموكل فى ميراث (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) . —

٥٩٨ — الحالات التي ورد فيها نص خاص — احالة : والحالات التي ورد فيها نص خاص متناثرة في نواحي التقنين المدني ، بل وفي تقنينات أخرى . ونقتصر هنا على الإشارة إلى أهم هذه الحالات ، وبعضها سبق أن عالجناه في الجزئين الأولين من الوسيط ، وبعضها يعالج في موضعه .

فقد نصت المادة ١٤٠ مدني على أن « ١ — يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة في

= وكذلك التزام الفضولي بتقديم حساب يتقادم ، في التقنين المدني السابق ، بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧) ، أما في التقنين المدني الجديد فيتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (انظر م ١٩٧ مدني) . ودعوى الحساب ورصيد الحساب الجاري لا يسقطان إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٩) . وإذا كانت صيغة العقد تدل على أنه وديعة موضوعها مبلغ من المال ، فإن العقد لا يكون عقد وديعة تامة ، بل هو عقد وديعة ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الوديعة ، وكل ما يكون للمودع هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ — استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢) ، وإذا حصل تكليف بالوفاء فإن مدة التقادم تبدأ من جديد خمس عشرة سنة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . والحق في المعاش (لا في أقساط المعاش الدورية) يسقط بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٠٤ - ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٢) . ولا يكون ثمن استبدال العين الموقوفة معتبراً وقفاً بمنزلة العين المبيعة حتى تشترى به عين أخرى ، إلا إذا دفع الثمن وحفظ وديعة على ذمة الوقف . أما إذا لم يدفع ، فإنه يعتبر ديناً بسيطاً يسقط بخمس عشرة سنة ، لا بثلاث وثلاثين (الاسكندرية ٤ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٧ ص ١٤٣) . والحق في أخذ سند أو تسلمه من شركة حق شخصي يسقط بالتقادم (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥ — ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥) . انظر أيضاً ريبير في القانون البحري فقرة ٢٤٤٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٣٠ .

ويلاحظ أخيراً أنه لا عبرة بحسن النية أو بسوء النية في التقادم المستند القائم على أساس استقرار التعامل ، وهذه هي حال التقادم بخمس عشرة سنة . فمهما كان المدين سيء النية ، متى انقضى على استحقاق دينه خمس عشرة سنة فقد سقط الدين بالتقادم ، حتى لو اعترف المدين وهو يتمسك بالتقادم أنه لم يدفع الدين . وقد كان قانون الكنيسة يشترط حسن نية المدين ابتداء وبقاء ، ثم تغلبت مبادىء القانون الروماني على مبادىء القانون الكنسي لاعتبارات عملية (بودري وتيسييه فقرة ٦١٦ — فقرة ٦١٩) .

حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » . وهذا النص يقرر مدة تقادم خاصة — ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة — لدعاوى إبطال العقد، وقد سبق أن عالجنا هذه المسألة عند الكلام فى البطلان (١) .

ونصت المادة ١٧٢ مدنى على أن « ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ — على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية » . وهنا أيضاً وضع القانون مدة تقادم خاصة — ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة — للدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع ، وقد سبق بحث ذلك فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٢ — ويلاحظ أن دعوى الإبطال فى حالة نقص الأهلية لها ميعاد تقادم واحد هو ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية . ولا تتقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد، لأن هناك احتمالا ألا يزول نقص الأهلية، فلا يرتفع الحجر ولا يبلغ القاصر سن الرشد ، إلا بعد مدة طويلة تستنفد الخمس العشرة سنة أو تكاد ، فتتقادم الدعوى أو توشك أن تتقادم قبل زوال نقص الأهلية . فأراد المشرع أن يبقى لناقص الأهلية مدة بعد استكمال أهليته يرفع فيها دعوى الإبطال ، وهى ثلاث سنوات كاملة بعد استكمال الأهلية .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ — ولما كان أساس مسئولية الإدارة عن قراراتها الباطلة هو الخطأ، أى العمل غير المشروع (انظر فى هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٤) ، فإنه يترتب على ذلك أن دعوى التعويض عن قرار إدارى باطل تتقادم بثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . قارن مع ذلك حكماً آخر للمحكمة الإدارية العليا فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٩) ، وتذهب المحكمة فى هذا الحكم إلى أن تعويض عن قرار باطل بفصل عامل اليومية =

ونصت المادة ١٨٠ مدنى على أن « تسقط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » . ونصت المادة ١٨٧ مدنى على أن « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » . ونصت المادة ١٩٦ مدنى على أن « تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » . وفى جميع هذه النصوص نرى القانون قد وضع مدة تقادم خاصة - ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة - للدعاوى الناشئة عن استرداد ما دفع بغير حق والفضالة والإثراء بلا سبب بوجه عام ، وقد عالجنا هذه المسألة فى الجزء الأول من الوسيط (١) .

= قبل من الخامسة والستين ليس مصدره العمل غير المشروع ، بل مصدره القانون مباشرة . وما ذهبت إليه المحكمة من ذلك لا يخلو من التعارض مع ما ذهبت إليه فى الحكم الأول الذى سبقت الإشارة إليه . هذا إلى أنه لو صح ما ذهبت إليه من أن مصدر المسئولية هنا هو القانون مباشرة ، لوجب أن تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة ، ما دام لا يوجد نص خاص - كما وجد قانون خاص فى فرنسا يجعل مدة التقادم أربع سنوات فى هذه الحالة - يحدد مدة أخرى . ولكن المحكمة جعلت مدة التقادم خمس سنوات ، وتؤسس ذلك على أن التعويض عن حرمان الموظف من مرتبه بسبب فصله بدون وجه حق تكون مدة التقادم فيه هى بدة التقادم المسقطة للمرتب ، إذ « أن التعويض المترتب على الإخلال بالالتزام هو من طبيعة الحق الناشىء عن هذا الالتزام ، لأنه هو المقابل له ، فتسرى بالنسبة للتعويض مدة التقادم التى تسرى بالنسبة للحق الأصلى » . ولا نرى أن هناك علاقة ، من حيث مدة التقادم ، بين المرتب والتعويض . فالالتزام بالمرتب التزام دورى متجدد ، مصدره القانون على أساس العلاقة التنظيمية العامة التى تربط الحكومة بموظفيها . أما الالتزام بالتعويض فالتزام بمبلغ من النقود تقدره المحكمة جزافاً ، لا يدور ولا يتجدد ، ومصدره ليس هو القانون كما تقول المحكمة فى حكمها هذا ، بل هو العمل غير المشروع كما تقول فى حكمها الأول .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٩٤ وفقرة ٨٥٥ وفقرة ٨٩١ وفقرة ٩٠٠ .

ونصت المادة ٢٤٣ مدنى على أن «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه» . وهذه هى أيضاً مدة خاصة لتقادم الدعوى البولصية عالجناها عند الكلام فى هذه الدعوى فى الجزء الثانى من الوسيط (١) .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدنى على أن «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع» . وهذه مدة خاصة للتقادم قررها القانون فى خصوص دعوى الغبن ، ومكانها عند الكلام فى البيع .

ونصت المادة ٤٥٢ مدنى ، فى خصوص دعوى ضمان العيب فى البيع ، على أن «تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ — على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه» . وهذه مدة خاصة لتقادم دعوى ضمان العيب الخفى ، مكانها عند الكلام فى البيع .

ونصت المادة ٦٥٤ مدنى ، فى خصوص دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول المعمارى ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فيما أقاموه من منشآت ، على أن «تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب» . ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام فى عقد المقاولة .

ونصت المادة ٦٧٢ مدنى — للانحراف أو الغلط الذى يقع عند تطبيق تعريفة الأسعار التى قررتها السلطة العامة فى التزام المرافق العامة على العقود الفردية ، فيكون الحق للعميل فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة ، ويكون للملتزم بالمرفق العام الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة — على أن «يسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع

---

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٥٩٦ .

الأسعار المقررة » . ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام فى التزام المرافق العامة.

ونصت المادة ٦٩٨ مدنى على أن « ١ – تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة من وقت انتهاء العقد ، إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة فى الأرباح والنسب المئوية فى جملة الإيراد فان المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد . ٢ – ولا يسرى هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو تنفيذ نصوص عقد العمل التى ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد العمل .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٧٢٨ مدنى على أن « تسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أو الخان » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد الوديعة .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٢ مدنى على أن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة من عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد التأمين .

ونصت المادة ١٩٤ من التقنين التجارى على أن « كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو بالسندات التى تحت إذن وتعتبر عملا تجارياً أو بالسندات التى لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق فى إقامتها بمضى خمس سنين اعتباراً من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة إن لم يكن صدر حكم أو لم يحصل اعتراف بالدين بسند منفرد . وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن فى ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف ، وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين(١) » . ونصت المادة ٦٥ من التقنين التجارى على أن

---

(١) ويسرى هذا التقادم على الكمبيالات وتعتبر دائماً أعمالا تجارية . ويسرى أيضاً على السندات تحت الإذن أو لحاملها ، بشرط أن تكون محررة من تجار أو بسبب أعمال تجارية . =

= ويسرى أخيراً على الكمبيالات التي ينقصها بعض الشروط – وهي التي عناها النص بعبارة «الأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو الحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية » . – بشرط أن تكون هي أيضاً محررة من تجار أو بسبب أعمال تجارية حتى تكون من الأعمال التجارية . والدعاوى التي تسقط بهذا التقادم هي الدعاوى التي يرفعها الحامل على المسحوب عليه القابل للكمبيالة أو على محرر السند تحت الإذن ، والدعاوى التي ترفع على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء ، والدعاوى التي ترفع على المظهرين ، ودعاوى رجوع الملتزمين بالوفاء بعضهم على بعض ، والدعاوى الناشئة بين الموقعين على الورقة التجارية بسبب علاقاتهم القانونية التي أفضت إلى إنشاء الورقة أو تظهيرها .

أما بقية الديون التجارية الأخرى ، غير الديون المتقدمة وغير ما نصت عليه المادتان ٦٥ و ١٠٤ تجارى الآتى ذكرهما في المتن ، فتسقط كالديون المدنيه بخمس عشرة سنة ، ويدخل في ذلك رصيد الحساب الجارى (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ١١٤) .

ويسرى التقادم الخمسى بالنسبة إلى الأوراق التجارية من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة في المحكمة . وإذا كانت الكمبيالة أو السند الإذنى مستحق الدفع عند الطلب ، سرى التقادم من تاريخ إنشاء الكمبيالة أو السند . وإذا انقطع التقادم وسرى تقادم جديد ، كانت مدة هذا التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، إلا إذا صدر حكم بالدين فإن هذا الحكم لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٢٤٨ – استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨٢) ، أو إلا إذا اعترف المدين بالدين بسند منفرد فيعتبر هذا تجديداً للدين بشرط أن يكون التجديد لاحقاً لاستحقاق الورقة التجارية فلا يسقط الدين الجديد إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ محمد صالح في شرح القانون التجارى ٢ ص ١٥٥ – ص ١٦٥ – الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٩٤ من التقنين التجارى بقولها « وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية » إنما عنت الأوراق التجارية الصادرة لعمل تجارى ، لا الأوراق غير التجارية ولو كانت صادرة لعمل تجارى . وأخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول ، ولازم كونها كذلك أن تكون ورقة مستقلة بنفسها ، وأن يبين فيها بمجرد الاطلاع عليها أن قيمتها مقدرة على وجه نهائى لا يدع محلا لمنازعة . فإذا كانت الورقة محل الدعوى متصلة بكشف حساب وكانت نهائية قيمتها معلقة على خلو الكشف من السهو والغلط ، فإنها لا تكون ورقة تجارية ، وذلك دون الحاجة إلى النظر فيما إذا كانت الورقة قد حررت لعمل تجارى أم لغيره (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٢ ص ٣١١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لكى يسقط حق المطالبة بكمبيالة تحت الإذن بمضى خمس سنوات يجب أن يكون سبب الدين تجارياً ، أما إذا كان السبب غير تجارى فتطبق قواعد القانون المدنى (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٢٠٤ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٧ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية أيضاً بأن التزام الموقعين على كمبيالة بعضهم قبل بعض يعتبر مدنياً لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة ولو كانت الكمبيالة تجارية ، ويسقط الحق فيها =

« كل مانشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء الغير مأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم يسقط الحق فى إقامته بمضى خمس سنين من تاريخ انتهاء مدة الشركة إذا كانت المشارطة المبينة فيها مدتها أعلنت بالكيفية المقررة قانوناً ، أو من تاريخ إعلان الاتفاق المتضمن فسخ الشركة . وتتبع فى ذلك القواعد العمومية المقررة لسقوط الحق بمضى المدة ، مع مراعاة القواعد المقررة لانقطاعها » . ونصت المادة ١٠٤ من التقنين التجارى على أن « كل دعوى على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل بسبب التأخير فى نقل البضائع أو بسبب ضياعها أو تلفها تسقط بمضى مائة وثمانين يوماً فيما يختص بالإرساليات التى تحصل فى داخل القطر المصرى ، وبمضى سنة واحدة فيما يختص بالإرساليات التى تحصل للبلاد الأجنبية . ويبتدئ الميعاد المذكور فى حالة التأخير أو الضياع من اليوم الذى وجب فيه نقل البضائع ، وفى حالة التلف من يوم تسليمها ، وذلك مع عدم صرف النظر عما يوجد من الغش والخيانة » . ومكان بحث هذه النصوص القانون التجارى .

= بالنسبة إلى الدائن بمرور خمس سنوات (استئناف وطنى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٣٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان السند الإذنى موقعاً عليه من تاجر ، كان عملا تجارياً بمقتضى نص المادة ٢ من قانون التجارة ، إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة ، فيجوز نفيها وإثبات أن سبب الدين مدنى محض تسرى عليه أحكام القانون المدنى خصوصاً فيما يتعلق بسقوط الحق فى المطالبة بالدين (استئناف مصر ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧) . وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأنه إذا حرر التاجر سند دين لعمل غير خاص بتجارته كان السند مدنياً ، فلا يسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات (استئناف مصر ١٧ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٤ ص ٦١٦ — ٢٥ نوفبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٠٠ ص ٨٦٧) . وقضت محكمة مصر بأن السند يكون تجارياً من ناحية الدائن إذا كان هذا الأخير تاجراً ولم يقم دليل من جانبه على مدنية سبب السند ، وإذا كان السند تجارياً من ناحية الدائن فإن حقه فى المطالبة بقيمته يسقط بمضى خمس سنوات ، سواء كان المدين تاجراً أو غير تاجر » (مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٥ ص ٦٣٧)

هذا والنص على جواز توجيه اليمين إلى المدين دليل على أن هذا التقادم قائم على قرينة الوفاء (استئناف مصر ٣ نوفبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٣ ص ٥٠٥ — ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٣٨ ص ٦٧٦ — مصر ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٧ ص ١٠٧٢) . ولا توجه اليمين إلا للمدين أو ورثته ، فلا توجه للكفيل (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٤ ص ٢٢٦) .

ويلاحظ أن المشرع قد قصر مدد التقادم فى الدعاوى الناشئة عن غير العقد — العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب — لأن الدين مفروض على المدين بحكم القانون لا بارادته . وقصر أيضاً مدد التقادم فى الدعاوى الناشئة عن العقد حيث يكون هناك مبرر للتقصير بسبب طبيعة الدعوى، وذلك كدعاوى الإبطال والدعوى البولصية ودعوى تكملة الثمن للغبن ودعوى العيب الخفى فى البيع والدعاوى الناشئة عن عقد العمل أو عن عقد التأمين أو عن الكمبيالات، والأوراق التجارية أو عن بعض العقود التجارية ، فهذه كلها دعاوى تستوجب التعجيل فى رفع الدعوى ، فقصر المشرع مدد التقادم فيها على نحو ما رأينا . أما الدعاوى الناشئة عن العقد فيما لا يستوجب التعجيل فى رفع الدعوى ، فهذه لا تتقادم عادة إلا بخمس عشرة سنة ، لأن الالتزامات التى ترفع بها هذه الدعاوى قد ارتضاها المدين بارادته مختاراً .

٥٩٩ — الاستثناءات التى أوردها القانونه . (١) الحقوق الدورية المتجددة — النصوص القانونية : وهناك إلى جانب هذه النصوص الخاصة استثناءات أخرى أوردها التقنين المدنى عقب إيراده للقاعدة العامة فى مدة التقادم .

وأول هذه الاستثناءات يتعلق بالحقوق الدورية المتجددة . فقد نصت المادة ٣٧٥ من التقنين المدنى على مايأتى :

« ١ — يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو أقر به المدين ، كأجرة المبانى والأراضى الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات » .

« ٢ — ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: « ١ — يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ، كالأجرة فى المبانى وفى الأراضى الزراعية وكالفوائد والأقساط والمرتبات والأجور والمعاشات . ويتقادم الحق حتى لو أقر به المدين بعد سقوطه بالتقادم . ٢ — ومع ذلك لا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية ولا الديون الثابتة فى ذمة ناظر الوقف للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » . وفى لجنة المراجعة أضيف «مقابل الحكر» ضمن الحقوق التى تسقط بخمس سنوات ، وأصبحت المادة رقمها ٣٨٨ فى المشروع =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢١١/٢٧٥(١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربيـة الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٧٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المـادة ٣٦٢ — وفى التقنين المدنى العراقى

— النهائى . وفى مجلس النواب عدل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة مجلس الشيوخ تقدمت مقترحات عدة لم تأخذ بها اللجنة ، وقالت عنها فى تقريرها ما يأتى : اقترح حذف عبارة « ولو أقر به المدين » من المادة ٣٧٥ وحذف الفقرة الثانية منها ، لأن التقادم الخمسى لا يعتبر من النظام العام ولأن ما تنص عليه الفقرة الثانية لا يعتبر من قبيل الديون الدورية بالنسبة إلى المدينين الوارد ذكرهم فيها ، فضلا عن إنه لا محل لأفراد نص لهم دون أمثالهم من الأوصياء والوكلاء والمصفين ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النص ليس معناه أن المحكمة تقضى بالتقادم ولو أقر المدين بالدين إقراراً ينطوى على معنى التنازل عن التمسك بالدفع بالتقادم ، بل هو يقرر القاعدة المسلمة المتفرعة على عدم قيام هذا النوع من التقادم على قرينة الوفاء ، ومؤداها أن إقرار المدين بترتب الدين فى ذمته لا يمنعه فى الوقت ذاته من أن يتمسك بالتقادم ، ولا يحول دون القضاء بتقادم الدين على أساس هذا التمسك . هذا ويراعى أن الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ وردت لحسم خلاف أثير فى صدد الحالتين اللتين خصتهما بالذكر ، وليس من الخير أن يترك باب الخلاف مفتوحاً مع أن فى الوسع سده . واقترح الاستعاضة عن عبارة « حق وحقوق » الواردة فى المواد ٣٧٥ و ٣٧٦ و ٣٧٨ بعبارة « دين وديون » ، لأن الانقضاء لا يرد على الحق وإنما يرد على الدين . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن الذى ينقضى هو الالتزام ، وهو رابطة تتمثل فى ذمة الدائن حقاً وفى ذمة المدين ديناً ، فلا يقبل أن يقال إن أحد وجهى هذه الرابطة هو الذى يقبل الانقضاء دون الآخر ، وإنما يرد الانقضاء على الرابطة بوجهيها جميعاً ، فيصح فى لغة التشريع أن يقال انقضاء الحق وانقضاء الالتزام وانقضاء الدين ، وكلها صحيح وكلها بمعنى واحد . ولذلك استعمل التقنين الحالى (السابق) الاصطلاحين معاً ، فعبر أحياناً بسقوط « المبالغ المستحقة » أى الحقوق ، وعبر أحياناً بسقوط « الديون » . والفقه والقضاء جميعاً لا يمكن إن شيئاً من ذلك . واقترح أن يضاف إلى أحكام التقادم النص الآتى : « تتقادم الدعوى بذات المدة المقررة لتقادم الدين المطلوب فيها » . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النظام الذى اتبعه التقنين لا يفرق بوجه عام بين الحق والدعوى على غرار ما هو معروف فى الفقه الإسلامى . أما إذا أريد بالدعوى الخصومة أمام القضاء ، فهذا ما تكفل بالنص على التقادم فيه مشروع قانون المرافعات » . ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٣٧٥ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٤ و ص ٣٠٦ — ص ٣١٠) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٢١١/٢٧٥ : المرتبات والفوائد والمعاشات والأجر ، وبالجملة كافة ما يستحق دفعه سنوياً أو بمواعيد أقل من سنة ، يسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات هلالية » . (والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن السنين تحسب ميلادية فى التقنين الجديد) .

المادة ٤٣٠ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٥٠(١) .

٦٠٠ – الضابط هو الدورية والتجدد : وقد أورد المشرع بصريح النص الضابط لهذه الحقوق التى تتقادم بخمس سنوات ، فوصفها بأنها « كل حق دورى متجدد » . والدورية (périodicité) هى أن يكون الحق مستحقاً فى مواعيد دورية ، كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، أو أقل أو أكثر . والتجدد (renouvellement) هو أن يكون الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع .

والأمثلة التى أوردها المشرع توضح هاتين الخصيصتين . فأجرة المبانى والأراضى الزراعية دورية : تدفع أجرة المبانى فى العادة كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، وتدفع أجرة الأراضى الزراعية عادة كل سنة قسطاً واحداً أو قسطين . وهى فى الوقت ذاته متجددة بطبيعتها ، إذ هى مستمرة لا تنقطع ،

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٧٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٢ (مطابقة للمادة ٣٧٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٣٠ : ١ — كل حق دورى متجدد ، كالأجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة ، لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس سنوات . ٢ — أما الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية ، والريع الواجب على متولى الوقف أداؤه للمستحقين ، فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقى متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى ، على غرار الفقه الإسلامى ، لا يجيز سماع الدعوى بدلا من أن يسقط الحق بالتقادم . انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٨٢ — فقرة ٣٨٤ — وانظر مقالا فى التقادم المسقط فى القانون المدنى العراقى للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٠ — ص ٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٥٠ : تكون مدة مرور الزمن خمس سنوات فى المستحقات المتأخرة والفوائد وحصص الأسهم من الأرباح وأجور المبانى والأراضى الزراعية ، وبوجه عام فى الموجبات التى تستحق الأداء كل سنة أو أقل . وتكون مدة مرور الزمن خمس سنوات أيضاً فى الدعاوى بين الشركاء أو بين هؤلاء وأشخاص آخرين من أجل الموجبات الناشئة عن عقد الشركة . وتبتدىء هذه المدة من يوم إعلان حل الشركة أو إعلان خروج أحد الشركاء . (والفقرة الأولى من النص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المدنى المصرى . وانظر فى الفقرة الثانية من النص المادة ٦٥ من التقنين التجارى المصرى) .

فان المالك يستأدى الأجرة فى العادة مستمرة دون انقطاع ، والمستأجر يدفعها مستمرة دون انقطاع . وهى إذا كانت تنقطع بانتهاء عقد الإيجار ، إلا أنها تقاس بالزمن ، وتتجدد بتجدده ، ما دام عقد الإيجار قائماً (١) . وليست أجرة المبانى والأراضى الزراعية وحدها هى الدورية المتجددة ، بل إن كل أجرة يلحقها هذا الوصف . فأجرة الأرض الفضاء ، وأجرة الغرف المفروشة ، وأجرة المنقولات كالسيارات إذا استؤجرت لمواعيد دورية « والذهبيات » « والعوامات » وغيرها ، كل هذه حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات . غير أن المشرع أورد أجرة المبانى والأراضى الزراعية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، لأنها هى الغالبة فى التعامل (٢) .

ومقابل الحكر هو أيضاً أجرة دورية متجددة (٣) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٣ مدنى على أن تكون هذه الأجرة « مستحقة الدفع فى نهاية كل سنة ، ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك » . وكمقابل الحكر الأجرة السنوية للأرض المساوية لأجرة المثل فى عقد الإجارتين (م ١٠١٣ مدنى) ، والأجرة الثابتة فى عقد خلو الانتفاع (م ١٠١٤ مدنى) ، فكل هذه حقوق دورية متجددة

---

(١) ويفرق الأستاذ عبد الحى حجازى بين الحق المتجدد كالأجرة والحق المتجزىء كالحق المسقط ، فيقول : « الحق المتجدد تتعين مرات تجدده على أساس المدة ، أما الحق المتجزىء عن الزمن فان المدة تتحدد على أساس عدد الأجزاء . ولهذا فإن الدين المتجزىء لا يسقط إلا بالتقادم الطويل ، وذلك لتخلف صفة التجدد فيه ، بل إن صفة الدورية فيه ليست ناشئة من كونه منوطاً بالمدة ، لأنه ليس منوطاً بالمدة ، وإنما المدة ناشئة من تقسيمه عدة أجزاء ووضع كل جزء فى نطاق زمن معين » (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٥٥) .

(٢) ولأن فى اطلاق « الأجرة » شيئا من عدم الدقة ، فنرى أن أجرة الغرفة فى الفندق تتقادم بسنة واحدة لا بخمس سنوات (م ٣٧٨ مدنى) .

هذا وليس كل التزام ينشأ عن عقد الإيجار يتقادم بخمس سنوات ، فالتعويض عن تلف العين المؤجرة ينشأ عن عقد الإيجار ولا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وإنما تقادمت الأجرة بخمس سنوات لأنها دورية متجددة ، لا لأنها ناشئة عن عقد الإيجار (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٢٣٣٤ ص ٧٤٢) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٢ — ١٢ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٦٥ — مصر ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٦ ص ١٤٨ — ٧ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٩١ ص ٢٠٨ .

تتقادم بخمس سنوات (١) .

والفوائد هي أيضاً حقوق دورية متجددة ، إذ هي تدفع كل سنة عادة ، وهي ريع متجدد لرأس المال . وتتقادم بخمس سنوات أياً كان مصدرها ، فقد تكون فوائد اتفاقية كما في القرض وثمن المبيع ، وقد تكون فوائد قانونية طولب بها مطالبة قضائية (٢) . ويدخل في الفوائد فوائد الأسهم والسندات (الكوبونات) (٣) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر المستأجر في عقد الإيجار أنه إذا زرع أكثر من ثلث الأرض قطناً أو كرر الزراعة القطنيـة فيما سبقت زراعته قطناً ، يكون ملزماً بمثل الأجرة ، وجعل لنظارة الوقف حق خصم مايجب من ذلك التعويض من كل مبلغ دفعه أو يدفعه المستأجر ، ووقع الاتفاق على أن يسري هذا الحكم ويتكرر في سني الإيجار ، فان الظاهر من هذا العقد أن الطرفين أنزلا التعويض المذكور منزلة الأجرة تدراً واستحقاقاً وتكراراً ، ومتى قام بالالتزام بالتعويض المترتب على مخالفة المستأجر لالتزاماته الأصلية وصف كونه مقدراً تقدير الأجرة ومستحقاً استحقاقها ودائراً معها عن مدة الإيجار ، فقد جاز عليه حكم السقوط بالتقادم الخمسي سقوط الأجرة (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٤ ص ١٠٧٢ — وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٠ ص ٥٤٨) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بسقوط الفوائد التي حل أجلها وانقضى على استحقاقها خمس سنوات أياً كان نوعها ، سواء أكانت الفوائد متفقاً عليها أم كانت سارية بحكم القانون أو محكوماً بها من المحاكم (١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١١٤ ص ٢٤٨ — وانظر : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٤١ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩ — ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠) .

وقضت أيضاً بأنه يبدأ في استنزال ما دفع من الدين من الأقساط بالمصروفات والفوائد المستحقة على الدين قبل الخصم من رأس المال . فإذا ورد في الإيصالات المقدمة من المستأنف أن خصم الأقساط التي دفعها يكون من المطلوب للدائن بدون تفصيل ، انصرف هذا السداد إلى أنه واقع على الفوائد أولا . ومتى ثبت ذلك تكون هذه الدفعات خصماً من الفوائد المستحقة سنوياً ، ويتفرع على هذا أن سدادها قاطع لسريان مدة تقادمها في كل تاريخ من تواريخ الإيصالات التي قدمها الخصم (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٢١) .

(٣) أما إذا كانت الفوائد مستحقة على سبيل التعويض ، فإنها لا تكون دورية متجددة ، وتتقادم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يشترط دفع فوائد عن الباقي من الثمن في ذمة المشتري ، واستولى المشتري على الأرض المبيعة وانتفع بها ، وجب عليه دفع فوائد على سبيل التعويض في مقابل الانتفاع بالأرض ، وهذه الفوائد لا تخضع للتقادم الخمسي (١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧) .

والإيرادات المرتبة هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات. ويستوى فى ذلك الإيرادات المرتبة مدى الحياة فهي دورية تتجدد مدى الحياة، والإيرادات الدائمة فهي دورية تتجدد على الدوام. وتتقادم الإيرادات بخمس سنوات إما باعتبارها إيرادات مرتبة، وإما باعتبارها فوائد مستحقة على رأس المال الذى دفعه صاحب الإيراد للمدين به (انظر ٥٤٥/٢ مدنى).

والمهايا والأجور والمعاشات (١) هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات، وتدفع عادة كل شهر، وتتجدد باستمرار. ولا يدخل فى ذلك أجور العمال والخدم والأجراء، سواء كانت يومية أو أسبوعية أو شهرية، فهذه كما سنرى تتقادم بسنة واحدة. فالذى يتقادم إذن بخمس سنوات هى مهايا وأجور ومعاشات الموظفين والمستخدمين دون العمال والخدم. ويلحق بالمهايا والأجور والمعاشات دين النفقة، فهو أيضاً يتقادم بخمس سنوات (٢)، والدائن بالنفقة إذا هو أهمل فى المطالبة بها أكثر من هذه المدة، فالغالب أن يكون ذلك راجعاً إلى عدم حاجته لها، ويكون غير مستحق إياها.

ويكفى أن يكون الحق دورياً متجدداً ليتقادم بخمس سنوات، فليس من الضرورى إذن أن يكون حقاً ثابتاً لا يتغير مقداره. فمن الحقوق الدورية المتجددة ما يتغير مقداره . من وقت إلى آخر، كريع الأسهم (dividendes) ومقابل الحكر وهو يزيد أو ينقص كلما بلغ التغير فى أجر المثل حداً يجاوز الخمس زيادة أو نقصاً على أن يكون قد مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير (م١٠٠٤/٢ مدنى)، وكأقساط التأمين فى جمعيات التأمين التعاونية (assurance mutuelle) فهذه أيضاً متغيرة بحسب الحوادث التى تقع كل سنة وقد لا تقع حوادث أصلا فلا تستحق أقساط ما. فهذه الحقوق الدورية المتجددة، التى تتغير مقاديرها من وقت إلى آخر، تتقادم مع ذلك بخمس سنوات. وهذا على خلاف ما جرى

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المادتين ٢١١ مدنى (قديم) و ٦٤ من لائحة المعاشات الخاصتين بسقوط الحق فى المرتبات بخمس سنوات لا تنطبقان إلا على معاش تمت تسويته (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٣).

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة طنطا بأن النفقة لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٥٨).

عليه القضاء الفرنسي ، فهو يقضي بوجوب أن يكون مقدار الحق الدوري المتجدد ثابتاً لا يتغير ، فتتقادم أقساط التأمين في جمعيات التأمين التعاونية بثلاثين سنة لا بخمس سنوات .

٦٠١ — الأساس الذي يقوم عليه تقادم الحقوق الدورية المتجددة :

وتصعد قاعدة التقادم الخمسي للحقوق الدورية المتجددة ، في أصلها التاريخي ، للقانون الفرنسي القديم(١) . وقامت منذ البداية على الاعتبار الرئيسي الآتي : إن هذه الحقوق الدورية المتجددة يدفعها المدين عادة من ريعه الدوري المتجدد ، فالمستأجر يدفع الأجرة من إيراده الشهري أو السنوي ، والمقترض يدفع الفوائد من ريع أمواله ، بل إن الحكومة وأرباب الأعمال يدفعون ماهيات الموظفين والمستخدمين وأجورهم ومعاشاتهم من ميزانياتهم السنوية وهي ميزانيات دورية متجددة (٢) . فإذا أهمل الدائن في المطالبة بهذه الحقوق الدورية المتجددة مدة طويلة من الزمن ، فتراكمت على المدين ، وكان للدائن أن يتقاضاها لمدة التقادم العادي ، أي لمدة خمس عشرة سنة خلت ، اضطر المدين أن يدفعها من رأس ماله ، وقد يجر هذا عليه الإفلاس والخراب . من أجل ذلك وضع

---

(١) وبالتحديد إلى عصر لويس الثاني عشر ، إذ أصدر هذا الملك الفرنسي أمراً ملكياً (ordonnance) ، في يونيه سنة ١٥١٠ ، تقضي فيه بأن من يشتري إيراداً مرتباً — والإيراد المرتب في ذلك الوقت هو الفائدة على رأس المال — لا يجوز له أن يطالب بمتأخرات الإيراد لأكثر من خمس سنوات ، وذلك حتى لا تتراكم المتأخرات على المدين بالإيراد ، فترهقه وتوقعه في الإفلاس والخراب (بودري وتيسييه فقرة ٧٦٧) .

(٢) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن التقادم الخمسي يقوم على افتراض أداء المدين للديون الدورية المتجددة من إيراده ، وأن تراكمها أكثر من خمس سنوات تكليف بما يجاوز السعة ، وهذه القرينة لا تقبل إثبات الدليل العكسي . وللخزانة العامة حق الانتفاع بحكمها رغم ملاءتها . ومنازعة المدين في أصل المرتب لا تمنع من سريان هذا التقادم (١٩ نوفبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ١٢٢٨ — وانظر حكماً آخر من نفس المحكمة في ٢٦ نوفبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٧ رقم ٧٠ ص ٦٨) . وقضت محكمة الإسكندرية بأن القول بوجوب أن تكون المبالغ التي يسري عليها التقادم الخمسي معينة المقدار عند التعاقد قول لا سند له من القانون ، لأن الخطر من تراكم الديون غير المعينة المقدار لا يقل عن خطر تراكم الديون المعلوم مقدارها (٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٠٦) .

القانون حداً لتراكم هذه الديون ، خمس سنوات ميلادية لا تزيد ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بما تأخر منها لأكثر من خمس سنوات ، لأن ما مضى على استحقاقه منهـا أكثر من خمس سنوات يكون قد انقضى بالتقادم . ومن ثم لا يجبر المدين على دفع هذه الديون المتجددة الدورية إلا لمدة خمس سنوات فقط سابقة على يوم المطالبة(١) ، فلا يكون فى هـذا من الإرهاق ما يصل به إلى حد الإعنات .

هذا من جهة . ومن جهة أخرى - ولكن هـذا اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الذى قدمناه - فان الدائن بهذه الحقوق الدورية المتجددة يعتبر عادة هذه الحقوق إيراداً ينفق منه فى شؤون حياته اليومية ، فلا يسكت عن المطالبة بها أكثر من خمس سنوات . ويغلب، فى الحقوق التى مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، أن يكون الدائن قد استوفاها . ولا يستطيع المدين عادة أن يحتفظ بمخالصات دورية لإثبات هذا الوفاء لمدة تزيد على خمس سنوات ، فيتعذر عليه إثبات الوفاء عن مدة أبعد . فيأتى القانون لإسعاف المدين ، ويقضى بتقـادم الديون التى ترجع إلى أبعد من خمس سنوات ، ويقوم التقادم على قرينة الوفاء .

على أن هذا الاعتبار الثانى هو ، كما قدمنا ، اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الأول ، وهو تجنيب المدين الإرهاق والعنت ، فلا يجبر على دفع هذه الحقوق الدورية المتجددة لمدة تزيد على خمس سنوات ، حتى لا يضطر إلى دفعها من رأس ماله . فهذا الاعتبار الأول متحقق دائماً، أما الاعتبار الثانى فقد يتحقق ولا يتحقق . فاذا لم يتحقق ، فان الاعتبار الأول كاف وحـده

---

(١) وقد لا يستطيع الدائن المطالبة بالدين إلا لمدة أقل من خمس سنوات ، ويتحقق ذلك فى الفرض الآتى : يهمل الدائن بإيراد مرتب مدى الحياة تقاضى الإيراد مدة خمس سنوات ، ثم يموت فينقضى الإيراد بالموت . ثم تطالب الورثة بما تراكم من الإيراد لمورثهم ، وتتأخر المطالبة إلى سنة مثلا بعد موت صاحب الإيراد . فى هذه الحالة لا تستطيع الورثة المطالبة بكل إيرادات الخمس السنوات المتراكمة ، لأن إيراد السنة الأولى منها يكون قد تقادم بخمس سنوات بعد انقضاء سنة على موت صاحب الإيراد قبل المطالبـة . ومن ثم لا يستطيع الورثة أن يطالبوا بأكثر من إيرادات الأربع السنوات الأخيرة ، فهذه وحدها هى التى لم تتقادم بخمس سنوات (بودرى وتيسييه فقرة ٧٩٩) .

لتأسيس التقادم الخمسى . ويترتب على ذلك أن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ، حتى لو أقر المدين أنه لم يوف بها (١) ، وتمسك مع ذلك بالتقادم تفادياً من إرهاقه بوفاء ما تراكم منها لمدة أكثر من خمس سنوات . وقد ورد هذا الحكم صراحة فى النص ، إذ جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ مدنى : « يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ، ولو أقر به المدين » .

ويلاحظ أن إقرار المدين بعدم وفاء ما انقضى على ميعاد استحقاقه أكثر من خمس سنوات ، قد يفسر بأنه نزول منه عن التمسك بالتقادم(٢) . ولما كان النزول عن التقادم بعد تمامه جائزاً ، فان الإقرار بعدم الوفاء على هذا النحو يمنع من تقادم الدين ، ويجبر المدين فى هذه الحالة على الوفاء بكل ما تراكم من الديون ، ولو رجع استحقاقه إلى عهد أبعد من خمس سنوات . أما إذا كان ما صدر من المدين هو مجرد تقرير للواقع ، فهو لا ينكر أنه لم يوف بما تراكم من هذه الديون ، ولكنه مع ذلك يتمسك بالتقادم ، فلا يعتبر إقراره على هذا النحو نزولا منه عن التقادم ، وله أن يتمسك به على النحو الذى قدمناه(٣) .

٦٠٢ — الديون التى لم تستوف شرطى الدورية والتجدد تتقادم بخمس عشرة سنة : والتقادم الخمسى لا يكون إلا فى الديون الدورية المتجددة على النحو الذى قدمناه . فاذا لم يستوف الدين هذين الشرطين معاً ، كان تقادمه بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات .

---

(١) قارن استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٥ .

(٣) انظر ما جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ فى هذا المعنى ، وقد تقدم ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ مدنى (انظر آنفاً فقرة ٥٩٩ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى « ولا يقوم التقادم الخمسى على قرينة الوفاء ، كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم ، وإنما يرجع فى أساسه إلى أن المدين يفترض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إيراده ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لأفضى ذلك إلى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفريعاً على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد إقراره بوجوب الدين فى ذمته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

فهناك ديون قد استوفت شرط الدورية دون أن تستوفى شرط التجدد، كما هى الحال فى دين مقسط أقساطاً دورية. فهذا الدين دورى لأنه يدفع فى مواعيد دورية، ولكنه غير متجدد لأنه لا يتجدد بتجدد الزمن، بل ينقضى بدفع آخر قسط منه. ومن ثم تكون مدة التقادم هنا خمس عشرة سنة لا خمس سنوات(١). كذلك لا يستوفى شرط التجدد وإن استوفى شرط الدورية نتاج المناجم والمحاجر، فهذا نتاج دورى لكنه يستنزف الأصل — المنجم أو المحجر — فهو بطبيعته غير متجدد. ومن ثم إذا ترتب ديناً فى ذمة شخص، لم يتقادم هذا الدين إلا بخمس عشرة سنة، ولا يتقادم بخمس سنوات.

وتفقد الديون الدورية المتجددة طبيعتها هذه إذا تحولت من ريع إلى رأس مال عن طريق قانونى. مثل ذلك أن يقرض شخص المدين ما يفى به فوائد دينه أو أجرة مسكنه أو يفى به ديوناً دورية متجددة أخرى، فان دين القرض هذا — وإن كان سببه هذه الديون الدورية المتجددة — قد أصبح رأس مال مصدره عقد القرض، فلا يتقادم بخمس سنوات وإنما يتقادم بخمس عشرة سنة. كذلك إذا دفع المستأجر الأجره للمؤجر، وتبين بعد ذلك أنه دفع مبالغ غير مستحقة من هذه الأجرة، فانه يستردها. ويعتبر دين المؤجر الخاص برد هذه المبالغ غير المستحقة رأس مال لا ديناً دورياً متجدداً(٢)، فلا يتقادم بخمس سنوات،

---

(١) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٢٢م ٣٤ ص ٤٦٨ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يرد التقادم الخمسى على الالتزامات الدورية المتجددة.. أما أقساط الديون المنجمة فيسقط كل منها بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه، لأنها ليست بالمتجددة وإن كانت دورية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥).

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥م ١٧ ص ٢٩٨ — ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧م ٥٩ ص ٩٦ — سوهاج ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٤١٧ ص ١٠٢٦ — وإذا دفع المستأجر عن المؤجر الأموال الأميرية، فرجوعه عليه بها يتقادم تقادم الإثراء دون سبب بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة، لا تقادم الأموال الأميرية بثلاث سنوات (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٧ ص ١٩٠؛ وقارب استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣م ٣٦ ص ١٠٩). ولكن إذا استبقى المستأجر من الأجرة المستحقة عليه مبلغاً معيناً ليدفعه فى الأموال الأميرية المقررة على العين المؤجرة، لم يخرج المبلغ المستبقى عن طبيعته، وهى أنه دين أجرة سبب الالتزام به عقد الإجارة، وتخصيصه ليدفع فى الأموال الأميرية لا يعد تبديلا =

وإنما يتقادم تقادم رد غير المستحق بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة(١)

٦٠٣ – الريع المستحق فى ذمة الحائز سيء النية والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين : تنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » .

ويخلص من هذا النص أن الحائز سيء النية ملتزم برد ثمرات الشيء الذى حازه من يوم أن أصبح سيء النية، ويعتبر سيء النية حتما من يوم رفع الدعوى على الأقل (٢). فهذه الثمرات، فيما بين الحائز والمالك، لا تعتبر ديونا دورية متجددة، بل هى قد تحولت فى ذمة الحائز من ريع إلى رأس مال واجب الأداء للمالك .

= للالتزام، وإذن فدة التقادم المقررة له هى خمس سنوات (نقض مدنى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠ ص ٢٢) . كذلك إذا تجمد دين الأجرة بانتهاء مدة الإيجار ، فانه لا يفقد صفتى الدورية والتجدد . وقد قضت محكمة النقض بأن الدورية والتجدد هما صفتان لاحقتان بدين الأجرة ، وهما مفترضتان فيه مابقى حافظا لوضعه، ولو تجمد بانتهاء مدة الإيجار وأصبح فى الواقع مبلغا ثابتا فى الذمة لا يدور ولا يتجدد (نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٣٨ ص ٧٤٨ — ردوان فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٣١٧ — وانظر ماقدمناه من أن الحقوق التى تتقادم بمدد خاصة تفسر تفسيرا ضيقا، وما خرج عنها يرجع إلى أصل القاعدة فيتقادم بخمس عشرة سنة (آنفا فقرة ٥٩٧) .

وإذا أدمجت الفوائد فى رأس المال ، أصبحت هى أيضا رأس مال ، وفقدت صفتى الدورية والتجدد ، فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الكمبيالة المطالب بقيمتها حررت عن أجرة سنة وفوائد متجمدة صفيت ، واستبدل بهما مبلغ واحد هو المبلغ الوارد بالكمبيالة ، فإن هذا المبلغ يكون قد زالت عنه صفة الدورية والتجدد ، فلا يسقط الحق فيه بخمس سنوات (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٦ ص ١٧٩) . وانظر أيضا فى هذا المعنى : استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٢٩ ص ٨٣٠ – استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ – ١٤ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٦١ – أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ – ٢ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٧ – ٥ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩١ – ٤ ابريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٩ .

(٢) انظر المادة ١٨٥/٣ مدنى .

ومن ثم تتقادم هذه الثمار بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات ، فاذا طالب المالك بها الحائز قبل انقضاء خمس عشره سنة، ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، لم يجز للحائز أن يدفع هذه المطالبة بالتقادم(١) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويراعى أن التزام الحائز سيىء النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة ، ولذلك نص على أن هذا الالتزام لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، ويسرى الحكم نفسه على الفوائد المتجمدة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

هذا وإذا كان الريع مستحقاً فى ذمة من تسلم غير المستحق لأنه سيىء النية (انظر م ١٨٥ مدنى) فإنه يلحق برأس المال الذى سلم دون حق ، ويتقادم هو ورأس المال بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة وفقاً لأحكام التقادم المقررة فى الالتزام برد غير المستحق (انظر م ١٨٧ مدنى) .

وقد كان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، منقسماً فى هذه المسألة . ولكن الكثرة الغالبة من الأحكام كانت تقضى بتقادم الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية بخمس عشرة سنة: نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ – استئناف وطنى ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٩٢ ص ١٨٧ – أول يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٢٤ – ١٦ يونيه سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤١٤ ص ٢٥٢ – ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٨ ص ١٨٣ – ١٥ يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٣٥ ص ٣٠٨ – ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١١٣ ص ٢٧٠ – استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٩ ص ٢٦٦ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٨ ص ٢٢٥ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٢ ص ٢٣٩ – ٢٨ مارس ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٠٢ ص ٦٣٧ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٣ ص ٧٥٩ – ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٨٣ ص ١٩١ – استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٨٠ – ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٧ – ٢١ نوفبرسنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ – ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٧ – ١٧ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٩٩ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ – ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٢ — ٢١ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٣ — ١٦ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٠ – ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ .

ومع ذلك فقد كانت هناك أحكام تقضى بتقادم الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية بخمس سنوات : استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٢٨٦ – ٦ يونية سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٤٦٣ – ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٠ ص ٩٣ – ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣ – ١٣ نوفبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٧٤ ص ٣٣٤ – ٦ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦١٤ ص ٧٤٤ – استئناف مختلط ١٧ نوفبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٢ .

انظر فى هذه المسألة الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٧ ص ٦٣٢ هامش رقم ١ .

كذلك الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ، وهو مقدار استحقاقهم فى الوقف ، لا يعتبر ديناً دورياً متجدداً ، فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وقد تردد القضاء فى هذه المسألة فى عهد التقنين المدنى السابق (١) ، ثم قضت محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة بأن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ولا يتقادم حقه ، فاذا اختلطت بمال الناظر واستهلكها الناظر بتعديه أو بتقصيره أصبحت رأس مال واجباً فى ذمته للمستحق ، ومن ثم تتقادم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات(٢).

وقد أراد التقنين المدنى الجديد بالنص صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدنى على تقادم الريع المستحق فى ذمة الحائز سيء النية والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات على ما رأينا(٣) ، أن يحسم

---

(١) فقضت محكمة الاستئناف الوطنية فى بعض أحكامها بأن نص المادة ٢١١ مدنى (قديم) يقضى بصفة عامة بسقوط الحق فى المطالبة بكل ما هو مستحق دفعه سنوياً بمضى خمس سنوات هلالية ، ولم يفرق بين الوقف وغير الوقف ، فإذا حكم لمستحق فى الوقف باستحقاقه لحصة من الريع ، فلا يكون له حق الرجوع على الناظر إلا بريع السنوات الخمس السابقة لرفع الدعوى فقط (١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٢ ص ٢٤٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٦ ص ٤٩٤ — ٢٧ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٢٠ ص ٣٠٤) . وقضت فى أحكام أخرى بأن ناظر الوقف هو وكيل المستحقين ، فإن قبض غلة الوقف اعتبرت أمانة تحت يده لحسابهم ، وعلى ذلك فلا يسقط حقهم فى المطالبة بها إلا بمضى خمس عشرة سنة (١٦ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٣ ص ٢٢٩ — ٢٤ فبراير سنة ١٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٩ ص ١٩٢ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٢ ص ٢٦٣ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٥ ص ٢١١) .

انظر فى هذه المسألة الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٧ ص ٦٣٢ — ص ٦٣٣ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٣٩ .

(٢) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ — المحاماة ١١ ص ٣٩ .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما ما يثبت للمستحق فى الوقف من ديون فى ذمة الناظر ، فقد حسم المشروع ما أثير من الخلاف فى القضاء بشأن تقادمه ، واختار ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية بدوائرها المجتمعة — ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ رقم ١٠٦ — وقد بنت هذه المحكمة قضاءها على أن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ، ولا يتقادم حقه فيها ما بقيت مفرزة فى يد الناظر غير مختلطة بماله ، لأن هذه اليد يد أمانة لا تملك . ولكن إذا كان الناظر قد استهلك هذه الغلة بتعديه =

فى هاتين المسألتين خلافاً قد نشب فى عهد التقنين المدنى السابق وتمثل فى أحكام متضاربة أصدرها القضاء فى ذلك العهد(١) .

٦٠٤ — (٢) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين — النصوص القانونية :

تنص المادة ٣٧٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات(٢) .

= أو بتقصيره ، أصبح مسئولا عن فعله قبل المستحق ، وكان لهذا أن يطالبه بحقه باعتباره ديناً لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . وقد تقدم أن المشروع أجاز تقادم الديون المترتبة على الفعل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات فى بعض الصور ، وبانقضاء خمس عشرة سنة فى صور أخرى . بيد أنه رؤى استبعاد التقادم الثلاثى فى هذه الحالة ، حتى لا يتقادم دين المستحق فى الوقف بمدة أقل من مدد تقادم الديون الدورية المتجددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥ — ٣٠٦) .

(١) انظر ما جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ . وقد سبق ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ (انظر آنفاً فقرة ٥٩٩ فى الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥١٥/١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (أ) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات » . وفى لجنة المراجعة أفرد هذا النص بمادة مستقلة هى المادة ٣٨٩ من المشروع النهائى . ورفعت مدة التقادم إلى خمس سنوات بدلا من سنة واحدة . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » ، وجاء فى تقرير اللجنة فى خصوص هذا الحذف ما يأتى : حذفت من هذه المادة عبارة « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » ، وبهذا أصبح النص قاصراً على من ذكروا فيه . وقد رأت اللجنة أن فى العبارة المحذوفة توسعاً يجعل الحكم غير منضبط ، ويحسن فى مدد التقادم الخاصة أن تعين الحقوق التى تتقادم بانقضاء هذه المدد تعييناً نافياً للشبهة . وأضافت اللجنة بعد كلمة « عمل » عبارة « من أعمال مهنتهم » ، زيادة فى البيان المقصود . وأصبحت المادة رقمها ٣٧٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٠ — ص ٣١٣) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٠٩/٢٧٣ (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربيـة الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٧٣ - وفى التقنين المدنى الليبى المـادة ٣٦٣ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٣١ - وفى تقنين الموجبـات والعقود اللبنانى المواد ٣٥١ - ٣٥٢(٢) .

---

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٠٩/٢٧٣ : المبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية وللمهندسين أجرة سعيهم ، وللباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجارتهم ، ولمؤدبى الأطفال والمعلمين على تلاميذهم ، وللخدمة ماهية لهم ، تزول بمضى ثلثمائة وستين يوما ، ولو استحقت ديون جديدة من قبيل ما ذكر فى ظرف الثلثمائة والستين يوماً المذكورة . (وهذه الأحكام تختلف من أحكام التقنين الجديد فيما يأتى : (١) اقتصر التقنين السابق على ذكر الأطباء والمحامين والمهندسين ومؤدبى الأطفال والمعلمين من أصحاب المهن الحرة . أما التقنين الجديد فقد زاد على هؤلاء الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة . (٢) جعل التقنين السابق مدة التقادم ثلثمائة وستين يوماً . أما التقنين الجديد فجعلها خمس سنوات . وسنرى كيف يسرى بالنسبة إلى الزمان أحكام التقنين الجديد فيما خالف أحكام التقنين السابق عند شرح النص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٧٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٣ (مطابقة للمادة ٣٧٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٣١ : ١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى سنة واحدة فى الحقوق الآتية : (أ) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة ، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات .

٢ - ولا تسمع الدعوى فى هذه الحقوق حتى لو بقى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ - ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى لمرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين . وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين أو أوليائهم ، إن كانوا محجورين ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ - لكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا فيما يأتى : (١) عدم جواز سماع الدعوى فى التقنين العراقى بدلا من سقوط الحق . (٢) مدة التقادم فى التقنين العراقى سنة واحدة كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ، وذلك بدلا من خمس سنوات فى التقنين المصرى (٣) عمم التقنين العراقى النص فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة ، كما كان الأمر فى المشروع =

٦٠٥ — الديون المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات : ونرى مما تقدم أن هناك طائفة من أصحاب المهن الحرة — هم البارزون فى أصحاب هذه المهن — رأى المشرع أن تتقادم الحقوق المستحقة لهم بسبب مهنهم بمدة أقصر من خمس عشرة سنة ، فجعل مدة التقادم فيها

= التمهيدى للتقنين المصرى . (٤) أوجب التقنين العراقى على المدين أن يحلف يميناً على أن ذمته غير مشغولة بالدين ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى . أما أن التقادم يسرى حتى لو بقى الدائن مستمراً فيما يقوم به، وأما أن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فالحكم فيهما واحد فى التقنينين العراقى والمصرى : انظر فى التقنين المصرى المادة ٣٧٩ وسيأتى ذكرها — وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٨٩ — ومقالا فى التقادم المسقط فى القانون المدنى العراقى للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٣ — ص ٥٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ...

٣) حق دعوى المعلمين والأساتذة وأرباب معاهد التعليم الداخلية العامة والخاصة فيما يتعلق بالمرتبات المستحقة لهم من قبل تلاميذهم وبالوازم التى قدمت لهؤلاء التلاميذ . وتبتدىء مدة مرور الزمن منذ حلول الأجل المعين لاستحقاق المرتبات ...

م ٣٥٢ : يسقط أيضاً مرور الزمن بعد سنتين : (١) حق دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والأطباء البيطريين من أجل عياداتهم والعمليات التى أجروها واللوازم والمسلفات التى قدموها ، وتبتدىء مدة مرور الزمن من تاريخ العيادة أو العملية الأخيرة . (٢) حق دعوى الصيدليين من أجل الأدوية التى قدموها ، وتبتدىء مدة مرور الزمن من تاريخ تقديمها . (٣) حق دعوى المحامين ووكلاء الدعاوى من أجل أجورهم وسلفاتهم . وتبتدىء المدة المشار إليها منذ صدور الحكم النهائى أو من تاريخ عزلهم عن الوكالة . (٤) حق دعوى مهندس البناء والمساحة وسائر المهندسين والخبراء من أجل الخطط التى يرسمونها أو الأعمال التى يجرونها أو المسلفات التى يقدمونها ، وتبتدىء المدة من تاريخ تسليم الخطط أو إتمام الأعمال أو أداء المسلفات . (٥) حق دعوى الوسطاء فيما يختص بأداء بدل السمسرة ، وتبتدىء المدة من تاريخ انعقاد الاتفاق .

م ٣٥٣ : فى الأحوال المعينة فى المادتين ٣٥١و٣٥٢ يجرى حتى مرور الزمن ولو تواصل تقديم اللوازم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا فيما يأتى : (١) التقادم فى التقنين اللبنانى سنتان بدلا من خمس سنوات فى التقنين المصرى . (٢) لم يذكر فى التقنين اللبنانى ، كما ذكر فى التقنين المصرى : وكلاء التفليسة . (٣) أفاض التقنين اللبنانى فى بعض التفصيلات التى أغفلها التقنين المصرى مقتصراً فيها على تطبيق القواعد العامة) .

خمس سنوات فقط ، وذلك لسببين : (أولا) أن العادة قد جرت بأن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم عقب انتهاء خدماتهم ، ولا يسكتون طويلا عن المطالبة بأجورهم لأنها مصدر معاشهم . فاذا مضى على استحقاقهم هذه الحقوق خمس سنوات ولم يطالبوا بها ، فالغالب أن ذلك يرجع إلى أنهم استوفوا هذه الحقوق ، وقل أن يحتفظ المدينون بمخالصات عن ديون مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات . (ثانياً) وحتى لو ثبت أن هؤلاء الدائنين لم يستوفوا حقوقهم التي مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، فمن الإرهاق لمدينيهم أن يجبروا على دفع ديون مضت عليها هذه المدة وأهمل أصحابها في المطالبة بها . ويترتب على ذلك أنه يكفي أن يتمسك المدين بالتقادم حتى ينقضي الدين ، ولا يصح أن توجه إليه يمين أن ذمته لم تعد مشغولة بالدين كما يصح ذلك في الديون التي تتقادم بسنة واحدة على ما سنرى .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على عبارة عامة تتناول جميع من يزاول المهن الحرة ، ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، لأن فيها « توسعاً يجعل الحكم غير منضبط ، ويحسن في مدد التقادم الخاصة أن تعين الحقوق التي تتقادم بانقضاء هذه المدة تعييناً نافياً للشبهة (١) » . ومن ثم أصبح النص مقصوراً على من يأتي من بين أصحاب المهن الحرة (٢) .

١ — **الأطباء** : ويشمل هذا اللفظ كل طبيب ، سواء كان متخصصاً أو غير متخصص : ويدخل الجراحون والمولدون وأطباء الأسنان والبياطرة (٣) . ولكن لا يدخل من ليس بطبيب وإن كان يباشر العلاج أو يساعد فيه ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٣ — وانظر تاريخ نص المادة ٣٧٦ مدني آنفاً فقرة ٦٠٤ في الهامش .

(٢) أما غيرهم فيرجع فيه إلى الأصل وتكون مدة التقادم خمس عشرة سنة . ومن ثم فحق المؤلف قبل الناشر لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٢) . وحق المحاسب في أتعاب عمله ، وحق صاحب الجريدة في ثمن الإعلان في جريدته ، وحق المصور والفنان بوجه عام في الأجر على عمل معين من أعمال الفن ، كل هذه حقوق تتقادم بخمس عشرة سنة .

(٣) انظر المادة ٣٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (آنفاً فقرة ٦٠٤ في الهامش) .

فلا يدخل الأطبـاء النفسانيون ولا الممرضون (التمرجية) ولا المولدات غير الطبيبات ولا المدربون على الألعاب الرياضية لأغراض صحيـة . والديون المستحقة للأطباء التي تتقادم بخمس سنوات هي الأجور التي يستحقونها على علاج مرضاهم ، وما عسى أن يكونوا قد تكبدوه من مصروفات أثناء العلاج كمصروفات الانتقال والتحليلات وإقامة المريض ليكون تحت ملاحظة الطبيب. وإذا اقتضى العلاج في المرض الواحد زيارات عدة ، يحسب الأجر عن مجموع هذه الزيارات كأنه دين واحد، ولا يبدأ سريان التقادم إلا عند انتهاء آخر زيارة ، حتى لو طال المرض(١) ، وهذا ما لم يكن العلاج على فترات منفصلة فيحسب أجر عن زيارات كل فترة من هذه الفترات(٢). فاذا استحق دين لطبيب على هذا النحو ، ولم يطالب به مدة تزيد على خمس سنوات، فان الدين ينقضي بالتقادم ، حتى لو كان الطبيب مستمراً في علاج نفس المريض ولكن في مرض آخر غير المرض الذي استحق من أجله الدين المتقادم (انظر م ١/٣٧٩ مدني وسيأتي ذكرها). وإذا حرر المدين للطبيب سنداً مكتوباً بالدين ، انقطعت مدة التقادم بهذا السند المكتوب(٣) ، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها

---

(١) وقد قضت محكمة أسيوط بأن مبدأ التقادم لا يسري بالنسبة إلى أتعاب الطبيب ، حتى في حالة الأمراض المزمنة ، إلا من تاريخ شفاء المريض أو وفاته أو انقطاع علاجه لسبب آخر (٣١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٢٥ ص ٦٣٤) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٧٠ – ص ٧٧١ — وإذا عالج الطبيب مريضين في أسرة واحدة وفي وقت واحد ، ترتب له دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، قد يختلف مبدأ سريان التقادم في كل منهما ، وقد يتقادم أحدهما دون الآخر . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « فاذا قام طبيب بعلاج مريضين في أسرة واحدة على التوالي ، ترتب له دينان قائمان بذاتهما . ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلا لا يتجزأ ، ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء إلا بعد انتهاء هذه العيادة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ — ص ٣١٩) .

(٣) وإذا حرر المدين السند بعد انتهاء مدة التقادم ، أمكن تفسير ذلك على أنه نزول منه عن مدة التقادم بعد أن تمت ، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتابة المدين للسند يقطع التقادم إذا كان لا يزال سارياً ، ويعتبر أنه تنازل عنه إذا كان قد تم ، وفي الحالتين تكون المدة الجديدة التي تسري هي خمس عشرة سنة (١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤) .

خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الدين المدون فى السند (انظر ٢/٣٧٩ وسيأتى ذكرها) .

٢ — **الصيادلة** : وأغلب ما تكون حقوقهم التى تتقادم بخمس سنوات هى أثمان الأدوية والعقاقير التى يبيعونها لعملائهم ، وكل صفقة تعتبر قائمة بذاتها ، والدين الناشىء عنها يكون مستحق الأداء ويسرى عليه التقادم الخمسى منذ تمام الصفقة ، حتى لو استمر الصيدلى بعد ذلك يقدم أدوية أخرى (م ١/٣٧٩ مدنى). وقد يقوم الصيدلى بخدمات ويتكبد مصروفات ، فهذه وتلك تعتبر ديوناً يسرى عليها التقادم الخمسى منذ استحقاقها . فاذا لم يطالب الصيدلى العميل بما يستحقه من دين فى ذمته على النحو المتقدم الذكر ، وانقضى على استحقاق الدين أكثر من خمس سنوات ، فانه ينقضى بالتقـادم . وإذا حرر العميل للصيدلى سنداً بالدين ، فان التقادم ينقطع ، ويحل محله تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

٣ — **المحامون** : وهؤلاء يستحقون أتعابهم عند موكليهم ، سواء ما اتفق عليه بينهم أو ما قدر بمعرفة المحكمة(١) ، فتتقادم هذه الأتعاب بخمس سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الأتعاب بالنسبة إلى المعجل منها من وقت الاتفاق ، وبالنسبة إلى المؤجل من وقت صدور الحكم ، أو من وقت انقضاء الوكالة ولو بعزل الوكيل (٢). وقد يستحق للمحامى فى ذمة موكله مصروفات ورسوم قضائية

---

(١) أما ما تقدره المحكمة كأتعاب محاماة للخصم الذى كسب الدعوى ، وهو تعويض له عن المصروفات التى تكبدها فى تعيين محام عنه ، فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (دمنهور ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ٣٦ – الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٢٨ هامش رقم ٢) .

(٢) انظر المادة ٣٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفاً فقرة ٦٠٤ فى الهامش) — وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن سريان التقادم لا يبدأ إلا من وقت انقضاء التوكيل ، وقالت فى أسباب حكمها أن المحامى وكيل ، والتقادم فى الوكالة لا يبدأ إلا من تاريخ انقضاء التوكيل ، فإذا وكل محام لمباشرة نزاع معين وجب اعتبار كل ما يتعلق بهذا النزاع من إجراءات وما يرتبط به من قضايا متعددة كلا لا يقبل التجزئة ، وحساب مدة التقادم ابتداء من انقضاء —

يدفعها عنه ويرجع عليه بها، فهذه أيضاً ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت انقضاء التوكيل. فاذا لم يطالب المحامى موكله بهذه الديون، وانقضى على استحقاقها خمس سنوات، فانها تسقط بالتقادم، حتى لو استمر المحامى يباشر قضايا أخرى لموكله غير القضية التى نشأ بسببها الديون المتقادمة (١/٣٧٩ مدنى). أما إذا حرر الموكل للمحامى سنداً بهذه الديون، فان التقادم ينقطع، ويبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى).

٤ — **المهندسون** : ويستحقون أجورهم عند عملائهم من أجل التصميمات التى يقومون بها ومن أجل الإشراف على تنفيذ التصميمات : وقد يتكبدون مصروفات ويدفعون لحساب العميل مبالغ لتنفيذ الأعمال المعهود بها إليهم. فكل هذه ديون فى ذمة العميل تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها، حتى لو بقى المهندس قائماً بأعمال أخرى للعميل (م ١/٣٧٩ مدنى). فاذا حرر العميل للمهندس سنداً بالدين، انقطع التقادم، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى).

٥ — **الخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة** : والخبير يستحق عند العميل أتعاب خبرته، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل أثناء القيام بأعمال الخبرة. ووكيل التفليسة (السنديك) يستحق أتعابه من مال التفليسة، وقد يتكبد هو أيضاً مصروفات لحسابها. والسمسار يستحق عند العميل السمسرة المتفق عليها أو المقضى بها، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل. فكل هذه ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها (٢)، ولو بقى الخبير أو وكيل التفليسة أو

= التوكيل بالنسبة إلى هذا النزاع المعين، أى بإتمام العمل أو العزل أو الاستقالة أو الوفاة (١٨ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٩٥ – وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٨ هامش رقم ٢).

وقد قضت المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ بأن حق المحامى فى مطالبة موكله، عند عدم وجود سند بالأتعاب، يتقادم بمضى خمس سنوات ميلادية.

(٢) وكان التقنين المدنى القديم لا يذكر الخبراء ولا وكلاء التفليسة ولا السماسرة، فكانت أتعابهم لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (الأزبكية ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٦١ ص ٣٤٥).

السمسار يقوم بأعمال أخرى غير التى استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدنى) . فاذا حرر المدين سنداً بالدين، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

٦ — **الأساتذة والمعلمون** : وهؤلاء قد يستحقون أجراً على التدريس للطلبة أو للتلاميذ ، كالأجور الدراسية فى المدارس الحرة وأجور الدروس الخاصة . ويدخل أيضاً ضمن الديون التى يستحقونها ثمن الأدوات والكتب التى يعطونها للطلبة أو التلاميذ ، وثمن الأغذية التى تقدم لهؤلاء ، وما إلى ذلك . فهذه كلها ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها ، ولو بقى الأستاذ أو المعلم مستمراً فى القيام بخدمات أخرى غير التى استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدنى) . فاذا ما حرر المدين سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

٦٠٦ — **سريان التقنين المدنى الجديد** : ويلاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث تعديلات فى التقنين المدنى السابق فى خصوص هذه المسائل تتلخص فيما يأتى :

١ — زاد التقنين المدنى الجديد فى أصحاب المهن الحرة الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة فهؤلاء كانت ديونهم ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، تتقادم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت الآن تتقادم بخمس سنوات ، أى بمدة أقصر . وتنص المادة ٨ من التقنين المدنى الجديد على أنه « ١ — إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ — أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » . ويخلص من ذلك أن ديون الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة ، إذا كانت قد تقادمت فى عهد التقنين المدنى السابق بانقضاء خمس عشرة سنة ، فقد انقضت . أما إذا كان التقادم قد بدأ يسرى فى حقها ولم يتم قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد ، فاذا كان الباقى من الخمس العشرة سنة

خمس سنوات أو أكثر ، سرى التقادم الخمسى من وقت العمل بالتقنين الجديد . أما إن كان الباقى من مدة التقادم القديم أقل من خمس سنوات ، فان هذا الباقى هو الذى تتقادم به هذه الديون .

٢ — جعل التقنين المدنى الجديد ، فيما يتعلق بديون الأطباء والمحامين والمهندسين والمعلمين ، مدة التقادم خمس سنوات ، بعد أن كانت فى التقنين المدنى السابق ثلثمائة وستين يوماً توجه بعد انقضائها اليمين إلى المدين . فمدة التقادم هنا أطول مما كانت ، ولم يعد القانون يسمح بتوجيه اليمين إلى المدين . فاذا كان دين من هذه الديون قد انقضيت بالنسبة إليه مدة التقادم القديمة — ثلثمائة وستون يوماً — قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فقد انقضى الدين بالتقادم ، ولم يبق إلا توجيه اليمين للمدين عملا بأحكام التقنين المدنى السابق . أما إذا كانت هذه المدة القديمة لم تنقض قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فبنفاذ هذا التقنين تطول مدة التقادم إلى خمس سنوات تبدأ من وقت أن سرت فى عهد التقنين المدنى السابق . فاذا كان قد مضى على استحقاق الدين نصف سنة مثلا وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فان مدة التقادم تطول أربع سنوات ونصفاً أخرى غير نصف السنة التى انقضت . ومتى يتم التقادم على هذا النحو ينقضى الدين ، ولا يجوز عندئذ توجيه اليمين للمدين وفقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد.

٦٠٧ — (٣) حقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء —

النصوص القانونية : وقد قدمنا هذه الحقوق على ما قبلها من الحقوق المذكورة فى المادة ٣٧٧ مدنى (الضرائب والرسوم المستحقة للدولة) حتى تعقب حقوق أصحاب المهن الحرة ، فقد كانت هذه الحقوق جميعاً تتقادم بمدة سنة واحدة فى المشروع التمهيدى ، وفصل ما بينها التقنين المدنى الجديد فى صورته الأخيرة . وبقيت أحكام مشتركة ما بين هذين النوعين من الحقوق هى المذكورة فى المادة ٣٧٩ مدنى ، فنورد هنا نص المادتين ٣٧٨ و ٣٧٩ :

تنص المادة ٣٧٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : »

« (ا) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون

فى هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم » .

« (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » .

« ٢ — ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه إلى ورثة المدين ، أو أوصيائهم إن كانوا قصراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » .

وتنص المادة ٣٧٩ على ما يأتى :

« ١ — يبدأ سريان التقادم، فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و٣٧٨، من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى » .

« ٢ — وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة(١) » .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٧٨ : ورد هذا النص فى المادة ٥١٤/١ والمادة ٥١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع اشتمال النص على مادتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى ، ومع خلاف فى نص الفقرة الثانية من المادة ٥١٦ من المشروع التمهيدى وكانت تجرى على الوجه الآتى : « وتوجه اليمين إلى من بقى حياً من الزوجين ، وإلى ورثة المدين وأوصيائهم إن كانوا قصراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين » . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة للارتباط ما بين الأحكام ، وحذفت عبارة « إلى من بقى حياً من الزوجين » لأنه داخل فى عداد الورثة ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو يعلمون بحصول الوفاء » فى نهاية الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٧ — ص ٣٢٠) .

م ٣٧٩ : ورد هذا النص فى المادة ٥١٥/٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وتتقادم هذه الحقوق، حتى ولو بقى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات » . وفى لجنة المراجعة عدل النص وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢٠٩/٢٧٣ و٢١٢/٢٧٦ و٢١٣/٢٧٧ (١).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٧٥ — ٣٧٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٦٥ — ٣٦٦ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٣١ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٥١ و ٣٥٣ (٢).

— مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٢ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢١ — ص ٣٢٢).

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٠٩/٢٧٣: المبالغ المستحقة .. لباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجارتهم .. وللخدمة ما هية لهم، تزول بمضى ثلثمائة وستين يوماً، ولو استحقت ديون جديدة من قبيل ما ذكر فى ظرف الثلثمائة والستين يوماً المذكورة.

م ٢١٢/٢٧٦: فى حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحقوق ثلثمائة وستين يوماً فأقل، لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة إلا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان فى ذمته . . .

م ٢١٣/٢٧٧: وأما الأرامل والورثة والأوصياء فيتخلصون بحلفهم أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق.

(وتختلف أحكام التقنين المدنى السابق عن أحكام التقنين المدنى الجديد فيما يأتى: ١ — مدة التقادم فى التقنين المدنى السابق ثلثمائة وستون يوماً، وليست سنة كما هى فى التقنين المدنى الجديد. ٢ — لم ينص التقنين المدنى السابق على العمال والأجراء، واكتفى بذكر الخدم. كما أنه لم ينص على أصحاب الفنادق والمطاعم ٣ — لم ينص التقنين المدنى السابق على انقطاع التقادم بتحرير سند بالدين، وبدء تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى م ٣٧٥ — ٣٧٦ (مطابقتان للمادتين ٣٧٨ — ٣٧٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٥ — ٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٧٨ — ٣٧٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م ٤٣١: ١ — لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها، من غير عذر شرعى، سنة واحدة فى الحقوق الآتية: (أ) .... (ب) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء: وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرة الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم. (ج) حقوق العملة والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

٦٠٨ — التقادم في هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء : ويخلص من النصوص المتقدم ذكرها أن حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق

= ٢ — ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ — ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى ، بمرور سنة واحدة ، أن يحلف يميناً ، توجهها المحكمة من تلقاء نفسها ، على أن ذمته غير مشغولة بالدين . وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين ، أو أوليائهم إن كانوا محجورين ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ — ولكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي يقرر عدم جواز سماع الدعوى بدلا من سقوط الحق — انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٨٧ — فقرة ٣٨٨ — وانظر مقالا في التقادم المسقط في القانون المدني العراقي للأستاذ ضياء شيت خطاب منشوراً في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٥ — ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ١ — حق دعوى الباعة وملتزمي تقديم البضائع وأصحاب المعامل فيما يختص بالأشياء التي يقدمونها . ٢ — حق دعوى المزارعين ومنتجي المواد الأولية فيما يختص بالأشياء التي يقدمونها إذا استعملت في حاجات المديون البيتية . وتبتدىء مدة مرور الزمن من يوم تقديم هذه الأشياء . . . ٤ — حق دعوى الخدام المختصة بما لهم من الأجور والمسلفات وسائر الموجبات المستحقة لهم ، بمقتضى عقد الاستخدام ، وكذلك حق السيد على خدامه فيما يختص بالمال المسلف لهم بصفة كونهم خدماً . ٥ — حق دعوى العمال والمتدربين فيما يختص بأجورهم ولوازمهم وبيوميتهم والمال الذي أسلفوه من أجل خدمتهم ، وكذلك حق دعوى المستخدم أو رب العمل فيما يختص بالمال المسلف لعماله بصفة كونهم عمالا . ٦ — حق دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم فيما يختص بتقديم السكن والطعام لعامليهم وبالمال المسلف لهم . ٧ — حق دعوى مؤجري الأثاث والأشياء المنقولة من أجل بدل إيجارها . ٩ — حق دعوى العملة المأجورين فيما يختص بالتعويضات التي يمكنهم أن يطالبوا بها حسب المادتين ٦٥٢ و ٦٥٦ من القانون المذكور .

م ٣٥٣ : في الأحوال المعينة في المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجري حكم مرور الزمن وإن تواصل تقديم اللوازم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وتختلف أحكام التقنين اللبناني عن أحكام التقنين المصري فيما يأتي : (١) مدة التقادم في التقنين اللبناني سنتان لا سنة واحدة . (٢) يشمل نص التقنين اللبناني حقوق المزارعين ومنتجي المواد الأولية ، وحق السيد على الخدم في القروض التي يقدمها لهم باعتبارهم خدماً ، وحق رب العمل في القروض التي يقدمها لعماله ، وحق مؤجري الأثاث والأشياء المنقولة ، وحق العملة فيما يختص بتعويضاتهم ، ولم ينص التقنين المصري على شيء من ذلك . (٣) لم ينص التقنين اللبناني على أن تحرير سند بالدين يقطع التقادم ويجري تقادماً جديداً مدته خمس عشرة سنة ، كما فعل التقنين المصري) .

والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقادم كلها بسنة واحدة ، وهي مدة قصيرة لأن المألوف فى التعامل أن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم فور استحقاقها ، وإذا أمهلوا المدين فلا يمهلونه أكثر من عام ، لأن هذه الحقوق هي مورد عيشهم. فاذا مضت سنة ميلادية كاملة دون أن يطالبوا بها ، فرض القانون أنهم استوفوها فعلا ، ولا يطالب المدينين بتقديم ما يثبت براءة ذمتهم ، بل يجعل هذه الحقوق تنقضى بالتقادم .

ولكن لما كان القانون يفرض هنا — نظراً لقصر مدة التقادم — أن المدين قد وفى الحق فى خلال سنة من وقت استحقاقه ، فقد جعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ولكن بطريق واحد هو توجيه القاضي اليمين ، من تلقاء نفسه ، إلى المدين ، فيحلف على أنه أدى الدين فعلا . فاذا حلف فقد سقط الدين بالتقادم ، ولا يسمح للدائن ، ولو قبل حلف اليمين ، أن يثبت أن المدين لم يدفع الدين . والطريق الوحيد لإثبات ذلك هو أن ينكل المدين عن الحلف عند توجيه القاضي اليمين له على النحو الذى قدمناه . فان نكل المدين ، ثبت الدين فى ذمته ، ووجب عليه وفاؤه . ولا يتقادم الدين بعد ذلك إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، أو من وقت النكول إذا لم يصدر حكم .

وقد قدمنا ، فى الجزء الثانى من الوسيط (١) ، أن اليمين فى هذه الحالة هى يمين الاستيثاق . فالقانون بعد أن جعل مدة التقادم سنة واحدة ، وجعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة — وقد اعتبرها دليلا غير كامل — بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له هى أداؤه الدين فعلا . فاذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصياؤهم إن كانوا قصراً ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون حصول الوفاء (٢) .

وقد ذكرنا فى صدد هذه اليمين ما يأتى : « وخصائص يمين الاستيثاق فى الحالة التى نحن بصددها أنها يمين إجبارية ، ولا بد للقاضي أن يوجهها إلى المدين

---

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٣١٧ .
(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٩ .

أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء ، دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه، كسب الدعوى حتماً . على أنها تبقى بعد كل ذلك فى نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة ، فهى تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة فى أنها ليست هى الدليل الوحيد فى الدعوى ، بل هى دليل تكميلى يعزز الدليل الأصلى وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضى من تلقاء نفسه فى حق تقادم بمدة قصيرة . والتقادم يقوم على قرينة الوفاء ، فهى قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين (١) » .

٦٠٩ — تفصيل الحقوق التى تتقادم بسنة واحدة : والدائنون فى الحقوق التى تتقادم بسنة واحدة فريقان .

(الفريق الأول) التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم . ويستحق التاجر أو الصانع حقه فى ذمة العميل عن الأشياء التى وردها له من تجارته أو صناعته ، بشرط ألا يشترى العميل هذه الأشياء ليتجر بها هو نفسه ، وإلا كان ديناً تجاريا يتقادم فى الغالب بخمس عشرة سنة . ويستوى أن يكون العميل تاجراً أو غير تاجر ، ما دام يشترى الأشياء لا للتجارة بها ، بل لاستهلاكه الخاص هو وأسرته . فقد يشترى العميل ، من المخبز أو المطحن أو البقال أو الجزار أو صاحب مصنع الأحذية أو صاحب مصنع المنسوجات ، ما يحتاج اليه فى استهلاكه الخاص ، من خبز أو دقيق أو أغذية أو لحم أو أحذية أو ملابس أو غير ذلك . فسواء كان هذا العميل تاجراً أو غير تاجر ، فان الدين الذى يترتب فى ذمته للتاجر أو الصانع يتقادم بسنة واحدة ، لأن مثل هذه الديون لا تبقى عادة فى ذمة المدين أكثر من هذه المدة . ويتقادم الدين حتى لو استمر الدائن فى توريد أشياء أخرى للمدين ، فكل صفقة قائمة بذاتها يتقادم الدين فيها مستقلا عن غيره من الديون فى الصفقات الأخرى . والعبرة فى تميز الصفقة عن الصفقات الأخرى بالمألوف المعتاد ، فمن الناس من تعود « الاستجرار »

---

(١) الوسيط جزء ثان ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٨٩ — ص ٥٩٠ — وانظر أيضاً فقرة ٣٣٥ ص ٦١٩ — ص ٦٢٠ .

طوال الشهر ويدفع شهراً فشهراً ، ومنهم من يدفع أسبوعاً فأسبوعاً ، ومنهم من يدفع يوماً فيوماً . فمتى تمت الصفقة واستحق الدين بحسب المألوف فى التعامل بين المدين والدائن ، بدأ سريان التقادم(١) . وإذا أراد الدائن أن يمنع تقادم الدين فى هذه المدة القصيرة ، فما عليه إلا أن يجعل المدين يحرر له سنداً بالدين ، فينقطع التقادم ، ويبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة .

أما أصحاب الفنادق والمطاعم فيستحقون ديونهم فى ذمة عملائهم عن أجر الإقامة فى الفندق ، وما يستهلكه العميل عادة فى الفندق من طعام وشراب ، وما يترتب فى ذمته من أجر للخدمات التى يقدمها الفندق من غسيل وكى ونحو ذلك ، وما يقدمه الفندق للعميل من سلف . وصاحب المطعم يستحق فى ذمة العميل ثمن الطعام والشراب اللذين تناولهما العميل ، وما عسى أن يصرفه صاحب المطعم لحسابه . كل هذه ديون تدفع عادة عقب الانتهاء من الإقامة فى الفندق ، وعقب الانتهاء من تناول الطعام والشراب فى الفندق . فيسرى سليها تقادم السنة من هذا الوقت ، حتى لو عاد العميل إلى الفندق أو المطعم مرة أو مرات أخرى وترتبت فى ذمته ديون جديدة ، فكل دين من هذه الديون يتقادم بسنة من وقت استحقاقه . وإذا أراد الدائن أن يمنع هذا التقادم القصير ، فعليه أن يجعل المدين يحرر سنداً بالدين ، فيبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذا ويلاحظ أنه لا يدخل فى هذه الديون أجر الغرف المفروشة فى غير الفنادق ، فهذه ديون دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات كما تقدم القول (٢) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والغالب فى الديون التى يرد عليها التقادم الحولى أن تترتب على عقود تقتضى نشاطاً مستمراً أو متجدداً ، كخدمات الأجراء وعلى من يزاولون المهن الحرة وتوريد البضائع وما إلى ذلك . بيد أن كل دين من هذه الديون يعتبر قائماً بذاته رغم استمرار نشاط الدائن وتجدده ، ويسقط بانقضاء سنة متى اكتمل ذاتيته وأصبح مستحق الأداء .. ويستحق أداء ثمن ما يورده التاجر عادة لعميله كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر ، وفقاً للعرف الجارى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ - ٣١٩) .

(٢) انظر المادة ٣٥١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفاً فقرة ٦٠٧ فى الهامش) وتجعل حق مؤجر الأثاث والأشياء المنقولة تتقادم بسنتين .

هذا وقد يستأجر العميل غرفة فى فندق ويدفع أجرتها شهراً فشهراً ، فالأجرة هنا ، وإن كانت دورية تتجدد كأجرة الغرف المفروشة ، تدخل ضمن حقوق أصحاب الفنادق التى تتقادم بسنة واحدة بصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ مدنى .

(والفريق الثانى) هم العمال والخدم والأجراء ، عما يستحقونه من أجور عند أرباب العمل ، وعما قاموا به من توريدات لمخدوميهم . والعمال هم عمال المصانع والمتاجر والمزارع . والخدم والأجراء هم الطهاة والسواقون «والسفرجية» والبوابون «والجناينية» وخدم المنازل والفنادق والمطاعم . ويدخل ضمن الأجراء صغار الصناع من سباكين وحدادين ونجارين وميكانيكيين ونحوهم ، وإذا لم يدخلوا ضمن الأجراء دخلوا ضمن الصناع ، فحقوقهم فى جميع الأحوال تتقادم بسنة واحدة . والحقوق التى تترتب لمثل هؤلاء الدائنين تدفع عادة فى مواعيد استحقاقها ، إذ هى مورد عيشهم . فاذا تأخر الدائن عن المطالبة بها مدة سنة كاملة ، تقادم حقه وسقط ، حتى لو بقى مستمراً فى توريد خدماته للمدين . فاذا بقى العامل فى المصنع ، تقادم أجره بحسب ميعاد استحقاقه ، يوماً فيوماً أو أسبوعاً فأسبوعاً ، أو شهراً فشهراً . وإذا بقى الخادم فى المنزل ، تقادم حقه شهراً فشهراً بحسب ميعاد الاستحقاق . أما الأجير العارض ، كالنجار والحداد ، فيستحق أجره بمجرد انتهاء عمله ، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت . وإذا أراد الدائن منع هذا التقادم القصير ، جعل المدين يحرر سنداً بالدين ، فيبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذا ويلاحظ أن أجور الموظفين والمستخدمين ومهاياهم ومرتباتهم ومعاشاتهم غير أجور العمال والخدم والأجراء ، فقد رأينا أنها تتقادم بخمس سنوات.

٦١٠ — **سريان التقنين المدنى الجديد** : رأينا أن التقنين المدنى الجديد جعل من التقادم فى الحقوق المتقدمة الذكر سنة ميلادية كاملة بدلا من ثلثمائة وستين يوماً وهى مدة التقادم فى التقنين المدنى السابق . أما الدائنون فى التقنين المدنى السابق فكانوا « الباعة » عن أثمان مبيعاتهم ، ويمكن إدخال التجار والصناع فى عموم هذا اللفظ ، فلا خلاف إذن بين التقنينين فى هذا الصدد . ولم يذكر التقنين السابق أصحاب الفنادق والمطاعم ، ولا يمكن إدخال هؤلاء ضمن « الباعة » ، فيكون التقنين الجديد قد استحدث هؤلاء الدائنين . وكذلك العمال والأجراء لم يذكرهم التقنين السابق ، ومن الصعب إدخالهم ضمن « الخدمة » الذين ذكرهم ، فيمكن القول إذن أن التقنين الجديد قد استحدث أيضاً هؤلاء الدائنين .

فيكون الدائنون الذين استحدثهم التقنين المدنى الجديد هم أصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والأجراء ، فهؤلاء كانت حقوقهم وفقاً لأحكام التقنين السابق تتقادم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت وفقاً لأحكام التقنين الجديد تتقادم بسنة واحدة . فمن كان من هؤلاء له حق سرى ضده التقادم فى عهد التقنين المدنى السابق ، ولم يتكامل بل بقى على تكامله سنة أو أكثر ، فان هذا الحق ، منذ سريان التقنين الجديد ، يسرى ضده التقادم ، الجديد ومدته سنة واحدة ، حتى لو كانت المدة الباقية من التقادم القديم تبلغ أربع عشرة سنة. أما إذا كانت المدة الباقية من التقادم القديم أقل من سنة ، فان هذه المدة الباقية هى التى يتقادم الحق بانقضائها . فلو أن الحق كان قد مضى على استحقاقه أربع عشرة سنة ونصف ، فانه يتقادم بعد انقضاء نصف سنة فقط من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (أنظر المادة ٨ من التقنين المدنى الجديد وقد تقدم ذكرها) . أما إذا كان التقادم قد تكامل خمس عشرة سنة قبل نفاذ التقنين الجديد ، فان الحق يكون قد انقضى فى عهد التقنين السابق ، ولا محل إذن للقول بتقادم جديد .

أما بقية الدائنين من الصناع والتجار والخدم . فقد كانت حقوقهم تتقادم بثلثمائة وستين يوماً فى عهد التقنين المدنى السابق ، فطالت مدة التقادم فى عهد التقنين المدنى الجديد إلى سنة كاملة ، أى زادت نحو خمسة أيام . فالحق الذى كان التقادم قد تكامل بالنسبة إليه ، أى انقضى على استحقاقه ثلثمائة وستون يوماً قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، يكون قد سقط بالتقادم وفقاً لأحكام التقنين السابق . أما إذا كان الحق لم ينقض على استحقاقه قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ثلثمائة وستون يوماً ، فانه لا يتقادم إلا بانقضاء سنة كاملة من وقت سريان التقادم القديم . فلوأن حقاً كان قد انقضى على استحقاقه عند نفاذ التقنين الجديد تسعة أشهر ، فان مدة التقادم الباقية تكون ثلاثة أشهر تبدأ من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (١) .

---

(١) وقد كان هناك تعارض ملحوظ فى أحكام التقنين المدنى السابق ، إذ كانت مدة التقادم فى حقوق الخدم ثلثمائة وستين يوماً ، وكانت مدة امتياز هذه الحقوق سنة كاملة ، فكان الحق =

٦١١ – (٤) الضرائب والرسوم المستحقة للدولة – النصوص

القانونية : تنص المادة ٣٧٧ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ - يتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ، ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة».

« ٢ - ويتقادم بثلاث سنوات أيضاً الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها » .

« ٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢١٠ / ٢٧٤ (٢) .

= يسقط بالتقادم قبل تكامل مدة امتيازه (الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٩ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٤١ فقرة ص٦٤٦) . وقد توقى التقنين المدنى الجديد هذا التعارض ، فجعل مدة التقادم سنة كاملة ومدة الامتياز ستة أشهر فقط . فالحق يكون لستة أشهر حقاً ممتازاً ، ويكون لستة أشهر أخرى ديناً عادياً ، ثم يسقط بالتقادم .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد عدل مدة التقادم المنصوص عليها فى التقنين الحالى (السابق) : م ٢٠٩/ ٢٧٣ ، فجعلها سنة ميلادية بعد أن كانت ثلثمائة وستين يوماً ، وبذلك وفق إلى محو التناقض الملحوظ فى نصوص هذا التقنين بين أحكام هذه المدة وأحكام مدة امتياز ديون الأجراء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨) .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هى التى أنشأته على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد : وأصبح رقمه ٣٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢١٠/ ٢٧٤ : المبالغ المستحقة للمحضرين وكتبة المحاكم عن رسوم أوراق يسقط حق المطالبة بها بمضى مدة ثلثمائة وستين يوماً اعتباراً من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى تحررت فى شأنها الأوراق المذكورة أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة .

=

ولا مقابل له فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فيما عدا التقنين الليبى فتقابله المادة ٣٦٤ (١) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن مدة التقادم فى الضرائب والرسوم المستحقة للدولة هى بوجه عام ثلاث سنوات(٢) ، ما لم يرد فى قوانين الضرائب

= (وقد كان هذا النص مقحما فى التقنين المدنى السابق ، وقد أخذ عن التقنين المدنى الفرنسى : م ١/٢٢٧٢ ، حيث لا يعتبر المحضرون موظفين فى الدولة ، بل يتقاضون أتعاباً على أعمالهم تتقادم بسنة واحدة . ولذلك لم ينقل المشروع التمهيدى هذا النص ، وورد فى مذكرته الإيضاحية فى هذا الصدد مايأتى : « وقد أغفل المشروع ذكر عبارة المبالغ المستحقة لمحضرين وكتبة المحاكم فى البيان الوارد فى المادة ٥١٥ ، مراعياً فى ذلك أن التقنين الحالى – السابق – أخطأ فى إقحام هذه العبارة فى نص المادة ٢١٠/٢٧٤ . والواقع أن المحضرين والكتبة يعتبرون وفقاً لنظام الإدارة فى مصر ضمن موظفى الحكومة على نقيض ماهو متبع فى فرنسا . وعلى هذا الأساس تكون المبالغ التى تستحق لأولئك وهؤلاء ، بسبب مايؤدون من أعمال رسمية للمتقاضين ، ديناً للحكومة يدخل فى حساب الرسوم القضائية : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٨ – ثم صدر بعد ذلك قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يعدل المادة ٢١٠/٢٧٤ – وسيأتى ذكره – وهذا التعديل هو الذى نقله التقنين المدنى الجديد – انظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٩ – ص ٦٤٠ – الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٤٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى (لا مقابل – وتسرى القوانين الخاصة) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٤ (مطابقة للمادة ٣٧٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى (لا مقابل — وتسرى القوانين الخاصة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (لا مقابل – وتسرى القوانين الخاصة) .

(٢) كانت الضرائب تتقادم — قبل الأمر العالى الصادر فى ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ — بخمس سنوات هجرية ، باعتبارها ديوناً دورية متجددة تطبيقاً للمادة ٢١١/٢٧٥ من التقنين المدنى السابق (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٦٩ – ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧٠) . ثم صدر الأمر العالى السالف الذكر ، فقضى بسقوطها بعد مضى ثلاث سنوات ميلادية لايوقف سريانها ولا ينقطع . ثم صدر قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يعدل المادة ٢١٠/٢٧٤ من التقنين المدنى السابق ، ويحدد مدة ثلاث سنوات ميلادية لسقوط الحق فى الضرائب والرسوم المستحقة لقلم الكتاب والمصروفات القضائية ، « وبهذا يضع حداً للبلبلة القائمة ، ويوحد أحكام سقوط الحق فى مواد الضرائب والرسوم والمصاريف القضائية وأى رسوم أخرى ، سواء كان صاحب الحق هو خزينة الحكومة أو أفراد الناس » (من المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٠ المعدلة) . وقد عدل نص المادة ٢١٠/٢٧٤ من التقنين المدنى السابق على الوجه الآتى : « يسقط الحق فى المطالبة بالمبالغ المستحقة بصفة ضريبة أو رسم بمضى ثلاث سنين ميلادية من تاريخ =

والقوانين الخاصة الأخرى نصوص تقضي بغير ذلك (١) .

فما لم يرد إذن نص مخالف ، تكون مدة التقادم فى الضريبة العقارية (٢) على الأراضى الزراعية والمبانى ، وفى ضرائب الأموال المنقولة كضريبة كسب العمل وضريبة المهن الحرة وضريبة الأسهم والسندات والأموال المنقولة ، وفى ضريبة الإيراد العام ، وفى ضريبة الخفر ، وفى غير ذلك من الضرائب (٣) ، هى ثلاث سنوات تبدأ من نهاية السنة التى تستحق عنها الضريبة ، فمن هذا

= استحقاقها . ولا يبدأ سريان هذه المدة بالنسبة للضرائب أو الرسوم السنوية إلا من نهاية السنة التى تستحق عنها تلك الضرائب والرسوم . وفيما يتعلق بالرسوم التى تستحق عن أوراق قضائية فيبدأ سريان هذه المدة بالنسبة لها من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت بشأنها تلك الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة .. ويسقط الحق فى المطالبة برد المبالغ التى دفعت بغير حق بمضى ثلاث سنين من يوم دفعها . وكل ذلك مع عدم الإخلال بأحكام القانونين رقمى ١٤ لسنة ١٩٣٩ و ٤٤ لسنة ١٩٣٩ » . (انظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤٢) . وهذا التعديل الصادر فى سنة ١٩٤٠ هو الذى نقل عنه التقنين المدنى الجديد كما سبق القول .

(١) وقد وردت فعلا نصوص مخالفة فى بعض قوانين الضرائب . من ذلك الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، وهى تقضى بسقوط حق الحكومة فى المطالبة بما هو مستحق لها بموجب هذا القانون بمضى خمس سنوات . ثم عدلت هذه المدة إلى عشر سنوات بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالنسبة إلى الضرائب المستحقة عن سنوات ١٩٣٨ - ١٩٤٠ . وتبدأ المدة من وقت وضع الإيراد تحت تصرف الممول (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٤ ص ١٢١١) . ولا تنقطع بخطاب موصى عليه من مصلحة الضرائب ، ولكن بصدور الورد على النموذج رقم ٤ ضرائب (نفس الحكم) .

(٢) والضريبة العقارية دين فى ذمة الممول يجوز ، ما لم يسقط بالتقادم ، تقاضيه من أمواله الأخرى ، وحق امتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلا ضماناً للوفاء به . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الضريبة العقارية يسقط بمضى ثلاث سنوات ميلادية تبدأ من آخر السنة التى استحق فيها هذا الدين ، سواء بيع العقار المستحق هذا الدين بسببه أو بقى ملكاً للمدين . ذلك أن دين الضريبة هو دين شخصى ثابت فى ذمة المدين . وامتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلا ضماناً للوفاء به ، وبيع الضمان أو هلاكه ليس من شأنه أن يؤثر فى خصائص الدين المضمون . ذلك أنه إذا بيع الضمان ، فإن ذلك لا يحول دون استيفاء الدين من أموال المدين الأخرى قبل سقوطه بالتقادم (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٩ ص ١٠٠٨) .

(٣) أما العوائد المستحقة للبلديات ولمجالس المديريات وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى غير الدولة فلها فى تقادمها أحكامها الخاصة .

الوقت إذن يبدأ سريان التقادم .

وكذلك الرسوم المستحقة للدولة ، كرسوم التمغة ورسوم البريد ورسوم القضايا والأوراق القضائية ، تتقادم بثلاث سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الرسوم عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، فإن لم تحصل مرافعة فمن تاريخ تحريرها ، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت أو ذاك .

وكما يسرى تقادم ثلاث السنوات فى حقوق الدولة قبل المولين فى الضرائب والرسوم ، كذلك يسرى تقادم ثلاث السنوات فى حقوق المولين قبل الدولة إذا دفع المولون ضرائب أو رسوماً أكثر من المستحق وجاز لهم استرداد الزيادة . ومدة التقادم هذه تعادل مدة التقادم المقررة فى استرداد دفع غير المستحق بوجه عام (أنظر م ١٨٧ مدنى) ، إلا أن التقادم فى استرداد الزيادة فى الضرائب والرسوم يسرى من يوم دفع غير المستحق سواء كان الممول يعلم بحقه فى الاسترداد أو لا يعلم . فإذا كان لا يعلم فليست هناك مدة تقادم أخرى مقدارها خمس عشرة سنة تسرى من وقت الدفع ، إذ مدة التقادم هنا واحدة لا تتغير ، وهى ثلاث سنوات تسرى من وقت الدفع كما قلمنا . وهذا بخلاف التقادم فى استرداد غير المستحق فى غير الضرائب والرسوم ، فإن تقادم ثلاث السنوات يسرى من وقت علم الدائن بحقه فى الاسترداد ، ويسقط هذا الحق على كل حال بخمس عشرة سنة من وقت الدفع . ومن ثم تكون أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ مدنى مخصصة للأحكام العامة الواردة فى المادة ١٨٧ مدنى(١) .

---

(١) وإذا وجب على الدولة رد غير المستحق للممول ولم يسقط هذا الحق بالتقادم ، فإن الدولة لا تلتزم بدفع فوائد عن المبالغ غير المستحقة التى تردها ، فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ يقضى بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التى يحكم عليها بردها للمولين . وقد كانت محكمة النقض تقضى باستحقاق هذه الفوائد قبل العمل بالقانون سالف الذكر ، أما منذ نفاذ هذا القانون فالنص صريح فى عدم استحقاق هذه الفوائد (انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٠٧ ص ٨٩٤ هامش رقم ٤) .

٦١٢ – لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون – النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون(١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٥/١ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٥/١ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٤٣/١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٦/١(٢).

ويخلص من هذا النص أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على تعديل مواعيد التقادم التى قررها القانون ، لا بالزيادة ولا بالنقص . وقد كان التقنين المدنى السابق لا يشتمل على نص فى هذه المسألة ، فكان الفقه والقضاء يسيران على ما جرى عليه القضاء فى فرنسا(٣) . ويحرم القضاء الفرنسى الاتفاق على إطالة مدة التقادم ، إذ هو ضد مصلحة المدين ، وقد يكون فوق ذلك وسيلة إلى النزول عن التقادم قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة النزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية(٤). ولكن القضاء الفرنسى يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بشرط أن تكون المدة المتفق عليها كافية لأن يطالب الدائن بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد

---

(١) تاريخ النص : انظر ما يلى فقرة ٦٥٥ فى الهامش .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : انظر ما يلى فقرة ٦٥٥ فى الهامش – وأحكام هذه التقنينات فى هذه المسألة متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٤ – الموجز للمؤلف فقرة ٦١٢ ص ٦٤٣ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٥١ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٠ – ولكن هذا لا يمنع من أن يقطع الدائن التقادم أو أن يقوم سبب لوقف سريانه ، فتطول مدة التقادم حتما من جراء قطعه أو وقفه (بلانيول وريبير وردوان فقرة ١٣٥٠) .

لا تمكنه من ذلك عملياً، وكثيراً ما كان يتفق على تقصير مدد التقادم فى عقود النقل وفى عقود التأمين(١) . وحجة القضاء فى ذلك أن تقصير المدة هو مصلحة المدين، ولكن هذه الحجة ليست حاسمة ، فانه يقع كثيراً أن يكون المدين هو الجانب الأقوى كما فى عقود الإذعان ومنها عقود النقل وعقود التأمين. ومن ثم حرم قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ الذى نظم عقد التأمين فى فرنسا أى اتفاق على تقصير مدة التقادم ، بل وعلى إسقاط حق المؤمن له إذا لم يقم بأعمال معينة فى مدد قصيرة كالتبليغ عن الحادث وتقديم المستندات(٢) .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد أتى ، كما رأينا ، بنص صريح فى المسألة، استمده من المشروع الفرنسى الايطالى. فنص على تحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها ، واعتبر مدة التقادم التى حددها القانون ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا على تعديلها. فتكون مدد التقادم إذن من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشيئة الأفراد (٣). ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم العادى، وهى خمس عشرة سنة، إلى عشر سنوات أو خمس مثلا ، لم يعتد بهذا الاتفاق بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة. وإذا اتفق الطرفان على إطالة مدة السنة المحددة لتقادم بعض الديون إلى سنتين أو ثلاث مثلا ، كان هذا الاتفاق باطلا ، وتبقى مدة التقادم سنة كما حددها القانون. وسنرى فيما يلى أن النزول عن التقادم مقدماً قبل أن يكتمل غير جائز كاطالة مدة التقادم ، والجائز إنما هو النزول عن التقادم بعد أن يكتمل .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ ص ٧٦٢ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « نهج المشروع نهج المشروع الفرنسى الإيطالى ، فحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقررة فى القانون . ويفرق البعض بين الاتفاقات الخاصة بمد المدة والاتفاقات الخاصة بقصرها ، يلحقون البطلان بالأولى دون الثانية . بيد أنه لم ير وجه للأخذ بهذه التفرقة ، لأن إقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتساف ، ولا سيما فى عقود التأمين . وقد اتفق واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى فيما بينهم على إقرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة فى القانون على المتعاقدين إطلاقاً ، لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام ، ولا ينبغى أن يترك تطبيقه لمشيئة الأفراد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥) .

وانظر ما يلى فقرة ٦٥٨ .

وقد كان الاتفاق على تقصير مدة التقادم جائزاً فى عهد التقنين المدنى السابق، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسى فيما قدمناه. ومن ثم تنفذ الاتفاقات التى تكون قد عقدت فى ذلك العهد، إذا كانت مدة التقادم التى اتفق على تقصيرها قد اكتملت قبل نفاذ التقنين الجديد. أما إذا كانت لم تكتمل، فالظاهر أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم تسرى عليه أحكام التقنين الجديد وهى هنا من النظام العام، فلا يعتد بهذا الاتفاق وتبقى مدة التقادم كاملة دون تقصير كما حددها القانون.

المبحث الثانى

كيفية حساب مدة التقادم

٦١٣ — النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

« تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات. ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها ».

وتنص المادة ٣٨١ على ما يأتى:

« ١ — لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء ».

« ٢ — وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت ينقضى فيه الأجل ».

« ٣ — وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن، سرى التقادم

من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا به بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٧٧ — ٣٧٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٦٧—٣٦٨— وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٤٣٢ — ٤٣٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٨ (٣) .

وتعرض هذه النصوص لمسألتين : (١) حساب مدة التقادم (٢) مبدأ سريان التقادم .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ٥١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تحسب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ، وتكون بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها » . وفى لجنة المراجعة حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى حتى يكون الحساب بالتاريخ الميلادى طبقاً للقاعدة العامة التى نص عليها فى الباب التمهيدى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه المادة ٢٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٢ — ص ٣٢٣) .

م ٣٨١ : ورد هذا النص فى المادة ٥١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى لم تكن تشتمل على عبارة « فيما لم يرد فيه نص خاص » . وقد أضيفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، فكمل تطابق النص ، وأصبح رقم المادة ٢٩٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٤ و ص ٣٢٦) .

(٢) ولكن التقويم الهجرى كان هو المعمول به فى حساب مدد التقادم فى عهد التقنين المدنى السابق ، أما التقنين المدنى الجديد فتقضى نصوصه بأن يكون حساب مدد التقادم بالتقويم الميلادى .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٧٧ — ٣٧٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ — ٣٨١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٦٧ — ٣٦٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠—٣٨١ من التقنين المدنى المصرى) .

٦١٤ — حساب مدة التقادم . تقول المادة ٣٨٠ مدنى : « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات » . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لاقتضى ذلك أن نعرف فى أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم . وهذا أمر تتعذر معرفته ، فان التاريخ الذى يكتب فى الأوراق ويؤخذ عادة مبدأ لسريان التقادم لا تذكر فيه الساعة بل اليوم (١) . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالى ، وفقاً للتقويم الميلادى (٢) . ويقتضى هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأنه يكون يوماً ناقصاً أو جزءاً من يوم (٣) . ذلك أنه إذا لم يكن سريان التقادم قد بدأ عند منتصف الليل تماماً ، وهذا أمر نادر لا يدخل فى الحساب ، وأردنا أن نحسب ما تقدم من الساعات على منتصف الليل ، لاقتضى ذلك أن نحسب المدة بالساعات ، من الساعة التى بدأ فيها على وجه الدقة سريان التقادم ، وهذا أمر تتعذر معرفته كما سبق القول .

= التقنين المدنى العراقى م ٤٣٢ : إذا ترك السلف الدعوى مدة ، وتركها الخلف مدة أخرى ، وبلغ مجموع المدتين الحد المقرر لعدم سماع الدعوى ، فلا تسمع .

م ٤٣٣ : تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادى ، وتكون بالأيام لا بالساعات .

م ٤٣٤ : ١ – يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذى يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء . ٢ – ففى دعوى الدين المؤجل تبدأ المدة من وقت حلول الأجل ، وفى دعوى الدين المعلق على شرط من وقت تحقق الشرط ، وفى دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق . ٣ – وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى مرور الزمن من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته .

(وأحكام التقنين العراقى متفقة مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٠ – فقرة ٣٩١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٤٨ : لا يبتدىء حكم مرور الزمن إلا يوم يصبح الدين مستحق الأداء . وتحسب المدة بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب يوم البداءة . وتعد مدة مرور الزمن تامة عند انقضاء آخر يوم فيها . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) وإذا لجأنا إلى الشهادة لتحديد الساعة التى بدأ فيها سريان التقادم ، وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة ، تعذر على الشهود أن يحددوا على وجه الدقة اليوم الذى بدأ فيه سريان التقادم بله الساعة (بودرى وتيسييه فقرة ٥٧٩) .

(٢) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧١ .

فالحساب بالأيام يقتضى إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذى يتم به عدة التقادم السنين التى حددها القانون ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الليل . وتقول المادة ٣٨٠ مدنى : « ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » .

ويدخل فى الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذ كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فانه يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن قطع التقادم فى هذا اليوم . فان كان اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعذر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فان سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم إلا بانقضاء هذا اليوم دون أن يقطع الدائن سريانه (١) .

هذا وفى حساب المدة تضم مدة السلف إلى مدة الخلف . فلو أن الدائن قد مات بعد استحقاق الدين بسبع سنوات ، وكانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فلا يبقى أمام وارث الدائن إلا ثمانى سنوات للمطالبة بالدين . فان انقضت هذه المدة دون أن يطالب الوارث بالدين ، سقط الدين بالتقادم ، لأن مدة المورث ضمت إلى مدة الوارث فى الحساب . ولو أن الدائن نزل عن الدين المحال له بعد سبع سنوات من استحقاقه ، فان المحال له لا يبقى أمامه للمطالبة بالدين إلا ثمانى سنوات ، لأن مدة سلفه تضم إلى مدته فى حساب التقادم ، على نحو ما رأينا فى ضم مدة المورث إلى مدة الوارث . فالخلف ، سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « تحتسب مدة التقادم ، أياً كانت ، بالأيام لا بالساعات . ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لا يدخل فى الحساب ، فى حين يدخل فيه ما يعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم و الأعياد . وينبغى لاستكمال مدة التقادم أن ينقضى آخر يوم فيها ، ولذلك يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم ، كإجراءات قطع المدة مثلا . وإذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الإجراءات فى خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقف سريان التقادم : انظر المادة ٤١٩/٢ من المشروع والمادة ٥٦٣ من التقنين البرتغالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥)

وانظر فى هذا المعنى المادة ١٩٣ من التقنين المدنى الألمانى — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٣٠ — ويذهب بودرى وتيسييه إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير حتى لو كان يوم عطلة (بودرى وتيسييه فقرة ٥٨٣)

خاصاً ، تحسب عليه مدة سلفه وتضم إلى مدته لاكمال التقادم (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى (٢) ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم ، وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، بالتقويم الهجرى (٣) . ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى ، وتنص على أن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (٤) » . من أجل هذا قد يقع أن تكون مدة التقادم بحسب التقويم الهجرى مكتملة قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيسقط بالتقادم حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت المدة لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فان التقادم يستمر سارياً ، ولكن تحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فان التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى ، ويبقى على اكمال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لاكمال التقادم فى الحالة التى نحن بصددها هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلا من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس العشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كبيسة على الأقل (٥) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى العراقى (آنفاً فقرة ٦١٢ فى الهامش) — وانظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٦ .

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آنفاً فقرة ٦١٢ فى الهامش) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥ .

(٤) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آنفاً فقرة ٦١٢ فى الهامش) .

(٥) ذلك أن هناك فرقاً هو أحد عشر يوماً ما بين السنة الميلادية والسنة الهجرية ، فيكون مجموع الفرق فى خمس عشرة سنة ميلادية هو مائة وخمسة وستون يوماً . يضاف إلى ذلك ثلاثة =

٦١٥ — مبدأ سريان التقادم — القاعدة العامة واستثناءاتها : تضع الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدنى القاعدة العامة فى تحديد مبدأ سريان التقادم ، فقد رأيناها تنص على أنه « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء » . فالقاعدة إذن أن يبدأ سريان التقادم من وقت استحقاق الدين ، إذ أن الدائن لم يكن يستطيع المطالبة بالدين قبل استحقاقه ، وينبغى أن يكون الدائن خلال مدة التقادم قادراً على مطالبة المدين ولم يفعل ، فيتقادم الدين جزاء له على إهماله . وتفريعاً على ذلك ، إذا كان الدين غير مستحق الأداء إلا بعد مدة معينة ، لم يسر التقادم إلا من وقت استحقاق الدين للأداء ، مادام الدائن كان لا يستطيع المطالبة بالدين قبل ذلك(١) .

= أيام من السنوات الكبيسة الثلاث ، كما يضاف اليوم الذى كان باقياً لاكتمال التقادم قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فيكون مجموع كل ذلك هو مائة وتسعة وستون يوماً .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٢ — وتارن بودرى وتيسييه فقرة ٣٨١ وفقرة ٣٨٨ ومع ذلك انظر فقرة ٣٨٤ مكررة .

ومن ثم يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى التعويض التى يرفعها المالك على مغتصب باع الملك الذى اغتصبه ، لا من وقت الاغتصاب ، بل من وقت البيع (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣ — ١٦ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٥) .

ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الضرائب من تاريخ إقفال ميزانية الممول أو المنشأة ، لا من تاريخ تقديم الممول أو المنشأة للإقرار (السويس ١٤ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٧١ ص ٢٦٥) .

ويسرى التقادم بالنسبة إلى الأرباح التجارية من يوم إمكان المطالبة بالدين (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى حق الكفيل فى الرجوع على المدين ، من تاريخ وفاء الكفيل لهذا الدين ، لا من تاريخ استحقاق الدين المكفول (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٢ ص ١١٤٣) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى تقديم الحساب على مصفى الشركة ، من وقت انتهاء مهمة المصفى (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٢) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى التزام الدائن المرتهن برد الشىء المرهون حيازة ، من وقت انقضاء الدين وصيرورة الشىء المرهون واجب الرد (بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٤) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى حق الفضولى فى استرداد المصروفات التى صرفها فى أعمال الفضالة ، من وقت قيامه قصداً بالعمل الذى ترتب عليه منفعة رب العمل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٩ ص ٤٧٦) . =

هذا ما لم يرد نص خاص يجعل مبدأ سريان التقادم غير يوم استحقاق الدين . وهناك فعلا نصوص خاصة ، بعضها يجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق الدين ، وبعضها يجعله قبل يوم الاستحقاق .

فن النصوص التي تجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق الدين ماورد خاصاً بالتقادم الثلاثي بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة فهذه الالتزامات جميعاً لايسرى فى حقها تقادم ثلاث السنوات إلا من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بقيام الدين وبالشخص المسئول عنه ، وقد يتأخر هذا اليوم عن اليوم الذى يستحق فيه الدين وهو اليوم الذى وقع فيه العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة (١) . كذلك يجرى التقادم الثلاثى بالنسبة إلى دعاوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو الغلط أو التدليس أو الإكراه من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية أو ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو ينقطع فيه الإكراه ، وهذا اليوم يتأخر عادة عن اليوم الذى يمكن فيه رفع دعوى الإبطال (٢) . كذلك يسرى التقادم الثلاثى بالنسبة إلى الدعوى البولصية من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وهذا اليوم يتأخر عادة عن اليوم الذى يمكن فيه رفع الدعوى وهو اليوم الذى وقع فيه التصرف المطعون فيه (٣) .

ومن النصوص التي تجعل مبدأ سريان التقادم قبل يوم استحقاق الدين ماورد فى الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدنى ، وتقضى كما رأينا بأنه « إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة المدين ، سرى التقادم من الوقت الذى

= ويبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى دعوى مسئولية أمين النقل ، من اليوم الذى يجب أن يتم فيه النقل (نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٩ ص ٤٠٢ — ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٨ ص ٦٤٢) .

(١) أنظر م ١٧٢ مدنى بالنسبة إلى العمل غير المشروع، وم ١٨٠ مدنى بالنسبة إلى الإثراء بلا سبب ، وم ١٨٧ مدنى بالنسبة إلى دفع غير المستحق ، وم ١٩٧ مدنى بالنسبة إلى الفضالة .

(٢) أنظر م ١٤٠ مدنى .

(٣) أنظر م ٢٤٣ مدنى .

يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته » . فالدين هنا لا يستحق إلا إذا أعلن الدائن فعلا إرادته فى استيفائه ، ومع ذلك يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من اليوم الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته ولو لم يعلنها بالفعل ، أى فى يوم سابق على استحقاق الدين . كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدنى على أنه « إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » . فهذا النص يجعل الفوائد والملحقات تتقادم بتقادم الحق نفسه ، وقد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق قبل استحقاق الفوائد والملحقات ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الفوائد والملحقات قبل استحقاقها .

٦١٦ — مبدأ سريان التقادم بالنسبة الى دين معلق على شرط وبالنسبة الى ضمان الاستحقاق : وتطبيقاً للقاعدة العامة من أن مبدأ سريان التقادم يكون من وقت استحقاق الدين ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط واقف من وقت تحقق هذا الشرط ، لأن هذا الدين لا يستحق إلا من هذا الوقت ، وقبل تحقق الشرط الواقف لم يكن من الممكن معرفة ما إذا كان الدين يستحق أو لا يستحق . وإذا كان لتحقق الشرط الواقف أثر رجعى ، فيعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحقق الشرط فحسب بل من وقت قيام مصدر الالتزام ، إلا أن الالتزام لا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط ، والعبرة فى مبدأ سريان التقادم بنفاذ الالتزام لا بوجوده (١) .

ويترتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق هو من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائى ، ذلك أن التزام البائع بضمان

---

(١) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ — ويعلل بعض الفقهاء تأخر سريان التقادم إلى وقت تحقق الشرط تعليلا آخر ، فيذهبون إلى أن سريان التقادم يكون موقوفاً بموجب القاعدة التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطعه (Contra non valentem agere non currit praescriptio) ، وسنعرض لهذه القاعدة فيما يلى . وقد بين بودرى وتيسييه خطأ هذا الرأى ، فان الدائن يستطيع قطع التقادم قبل تحقق الشرط ، لأن قطع التقادم من الأعمال التحفظية التى يستطيع أن يقوم بها الدائن تحت شرط واقف (بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٩) .

استحقاق المبيع هو التزام معلق على شرط واقف ويتحقق الشرط بثبوت استحقاق المبيع ، فيبدأ سريان التقادم من وقت ثبوت استحقاق المبيع بالحكم النهائى (١) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨١ مدنى ، كما رأينا ، على الأحكام المتقدم ذكرها ، فقالت : « وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق (٢) » .

---

(١) استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٨ ص ١١٨ — استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٢٣ — بودرى وتيسييه فقرة ٣٩٣ .
أما ضمان التعرض فيبدأ سريان التقادم فيه من وقت حصول التعرض (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ — استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٢) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن حق المشترى فى رفع دعوى الضمان على البائع (أى ضمان التعرض) لا يتوقف وجوده على صدور حكم نهائى بنزع ملكية المشترى من العقار المبيع ، بل يكفى لنشوء هذا الحق أن يحرم المشترى فعلا من العقار المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه أو ليس فى مقدوره دفعه . وإذا كانت مدة التقادم المسقط للحق لا تبتدىء إلا من وقت وجود هذا الحق ، كان التقادم فى دعوى الضمان يسرى من تاريخ المنازعة فى الملك على المعنى السابق بيانه (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . ونرى من ذلك أن التقادم بالنسبة إلى ضمان التعرض يسرى أولا ، فإذا أعقب التعرض استحقاق سرى تقادم جديد بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق من وقت صدور الحكم النهائى باستحقاق المبيع ، حتى لو كان التقادم بالنسبة إلى ضمان التعرض قد اكتمل قبل ذلك .
وأما ضمان العيب الخفى فتبدأ مدة السقوط فيه من وقت العلم اليقينى بالعيب وذلك فى عهد التقنين المدنى السابق : م ٣٢٤/٤٠٢ (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٧ ص ٣٠٧) ، ويسرى التقادم فيه فى عهد التقنين المدنى الجديد من وقت تسليم المبيع إلى المشترى (انظر المادة ٤٥٢ من التقنين المدنى الجديد) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويبدأ سريان التقادم من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء، وتحتسب المدة من أول يوم كامل يلى هذا الوقت . ولا يسرى التقادم طبقاً لهذه القاعدة ، بالنسبة لدين معلق على شرط موقف ، إلا من وقت تحقق الشرط . وكذلك يكون الحكم فى ضمان الاستحقاق بوصفه التزاماً شرطياً ، يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

أما الدين المعلق على شرط فاسخ ، فانه نافذ منذ وجوده . ويبقى نافذاً إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ ، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعى . ويترتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط فاسخ يكون من وقت نفاذه ، أى قبل تحقق الشرط الفاسخ . فاذا اكتمل التقادم قبل تحقق الشرط ، سقط الالتزام بالتقادم سواء تحقق الشرط أو لم يتحقق . أما إذا لم يكتمل التقادم وتحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الالتزام بأثر رجعى كما قدمنا . واذا تبين أن الشرط الفاسخ لن يتحقق وأصبح الالتزام باتاً ، بقى التقادم سارياً منذ بدأ ، إلى أن يتكامل أو إلى أن ينقطع (١) .

٦١٧ — مبدأ سريان التقادم بالنسبة الى دين مؤجل : تطبيقاً للقاعدة العامة أيضاً فى مبدأ سريان التقادم ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المؤجل من وقت حلول الأجل ، بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه . ذلك أن الدين يصبح مستحقاً من وقت حلول الأجل ، فمن هذا الوقت يبدأ سريان التقادم . ويستوى فى ذلك أن يكون الأجل صريحاً أو ضمنياً ، معيناً أو غير معين ، اتفاقياً أو قانونياً أو قضائياً .

فاذا كان الدين مقسطاً ، فكل قسط يعتبر ديناً مستقلا بذاته ، ويسرى التقادم بالنسبة إلى كل قسط من وقت حلول هذا القسط . (٢) .

كذلك الديون الدورية بوجه عام ، كالأجر والأجور والفوائد وأقساط الإيراد ، فهى تحل فى مواعيد دورية . وكل دفعة منها تحل ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها من وقت حلولها . ولا يتوقف سريان التقادم بالنسبة إلى أية دفعة على سريانه بالنسبة إلى الدفعات الأخرى ، بل كل دفعة تعتبر ديناً قائماً بذاته مستقلا بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدأ سريانه (٣) . وقد طبقت الفقرة

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ١٣٥٤ .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٤ .

(٣) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣١٠ — ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٨ — وذلك حتى لو وجد شرط بحلول الأقساط جميعها عند التأخر فى دفع قسط منها وتحقق الشرط ، فإن التقادم لا يسرى فى حق الأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية ، =

الأولى من المادة ٣٧٩ مدنى هذا المبدأ ، بالنسبة إلى حقوق أصحاب المهن الحرة وحقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فنصت كما رأينا على أن « يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى (١) » .

والالتزام بدفع إيراد مرتب غير الالتزام بدفع أقساط هذا الإيراد . فالالتزام بدفع كل قسط من أقساط الايراد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من وقت حلول هذا القسط كما قدمنا . أما الالتزام بدفع الايراد ، فى ذاته ، دون نظر إلى أقساطه ، فيتقادم من وقت وجوده ، لأنه من ذلك الوقت يكون نافذاً ، حتى قبل حلول أى قسط من أقساطه . فاذا انقضى منذ وجود الالتزام بدفع الايراد مدة التقادم ، سقط الالتزام (٢) . والمفروض فى هذه الحالة أن أى قسط من أقساط هذا الإيراد لم يدفع ، لأنه لو دفع قسط منها فقد انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد يسرى منذ الانقطاع دون حاجة لانتظار حلول قسط تال . ويلاحظ أيضاً أن مدة التقادم تبدأ فى هذه الحالة منذ وجود الالتزام بالايراد دون حاجة لانتظار حلول أول قسط منه ، فقد لا يحل إلا بعد سنة ، فيتقادم الالتزام بالإيراد بعد خمس عشرة سنة من وجوده ، أى بعد أربع عشرة سنة من حلول أول قسط (٣) . ويتقادم كل قسط من أقساط الإيراد ،

= واشتراط حلولها عند التأخر فى دفع قسط إنما هو شرط فى مصلحة الدائن ، فلا يضاربه بتقديم مبدأ سريان التقادم (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٦ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٧ — الزقازيق ١٥ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢٨ ص ٨٩ — انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويسرى التقادم فى الديون الدورية — كالفوائد وأقساط الديون — من تاريخ استحقاق كل دين منها بذاته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٦) . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٦٩ — ص ٧٧٠ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٢ .

(٣) انظر فى هذا المعنى لوران ٣٢ فقرة ١٣ — جيللوارد ٢ فقرة ٧٥ — بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٠٧ — ويذهب فقهاء آخرون إلى أن التقادم بالنسبة إلى الالتزام بالإيراد لا يبدأ سريانه إلا من وقت حلول أول قسط ، لأن الالتزام بالإيراد إنما يتمثل فى أقساطه ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب بشىء إلا بعد حلول أول قسط ، =

وهى ديون دورية ، بانقضاء خمس سنوات من وقت حلول القسط .

وقد يكون تحديد الأجل موكولا إلى تقدير القاضى ، كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون الدفع عند المقدرة ، فعند ذلك يحدد القاضى الأجل الذى يعتبر الدين حالا بعد انقضائه . فلا يسرى التقادم فى هذه الحالة إلا اذا حدد القاضى الأجل وانقضى الأجل المحدد ، فمنذ انقضائه يبدأ سريان التقادم (١) .

٦١٨ — مبدأ سريان التقادم اذا كان ميعاد الاستحقاق متوقفا على ارادة الدائن : وقد عنى المشرع بالنص على مبدأ سريان التقادم إذا

= فن هذا الوقت فقط يصبح الالتزام مستحق الأداء (كولايه دى سانتير ٨ فقرة ٢٧٠ مكررة رابعاً — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٣) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا كان تحديد الأجل موكولا إلى القاضى — كما هى الحال فى الالتزام بالدفع عند الاقتدار — تعين التريث حتى يتم هذا التحديد وتنقضى المدة المحددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

وقد يكون تحديد الأجل موكولا إلى القيام بإجراء معين ، كما فى دعوى إعادة البيع على الراسى عليه المزاد ، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى هذه الدعوى إلا من وقت إعلان الراسى عليه المزاد بقائمة التوزيع مع التنبيه عليه بالدفع وإلا أعيد البيع عليه (استئناف مختلط ٢٢يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٧) .

وإذا لم يعين للقرض أجل يرد بعد انقضائه ، اعتبر حالا ، وبدأ سريان التقادم فيه من يوم وجوده (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩١/١ ص ١٦١) .

ومتى أصبح الدين مستحق الأداء ، فلا يحول دون سريان التقادم صعوبة فى استيفائه ، ما لم تكن هذه الصعوبة من شأنها أن تقف سريان التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة الذى يستحق دفعه على المستأجر وضامنيه فى تاريخ انتهاء العقد تبدأ مدة التقادم بالنسبة إليه من اليوم التالى لذلك التاريخ . ولا يؤثر فى ذلك تعلل المؤجر (وزارة الأوقاف) الذى وضعت الأرض المؤجرة تحت حراسته لعدم سداد الأجرة بأنه لم يكن متمكناً من المطالبة بالدين لعدم معرفه حقيقة مقداره بسبب عدم تصفية حساب الحراسة ، فإن هذا لا يعد قوة قاهرة منعته من المطالبة بالدين (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٢ ص ٢٧٣) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعين المؤجر حارساً قضائياً على العين المؤجرة ، لم يبدأ ميعاد سقوط الحق بالمطالبة بالأجرة إلا من تاريخ انتهاء الحراسة . وليس للمستأجر أن يدفع بسقوط الحق لمضى أكثر من خمس سنوات من تاريخ عقد الإيجار ، لأن التقادم لا يبدأ إلا من الوقت الذى يمكن للدائن فيه أن يطالب بحقه ، ولا يستطيع المؤجر اتخاذ إجراءات تنفيذية عن دين الأجرة ما دامت عملية الحراسة لم تنته (٢٨ مايوسنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٣ ص ٣٦٧ — المحاماة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨) .

كان ميعاد استحقاق الدين متوقفاً على إرادة الدائن ، كما هو الأمر فى سند مستحق الأداء عند تقديمه (à vue) ، أى عند ما يتقدم به الدائن للمدين مطالباً بالوفاء . فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته » . ذلك أنه إذا تأخر مبدأ سريان التقادم إلى الوقت الذى يختاره الدائن لتقديم السند إلى المدين ومطالبته بوفائه ، كان أمر سريان التقادم موكولا إلى محض إرادة الدائن ، وهذا لا يجوز ، وإلا أمكن أن يكون الدين غير قابل للتقادم (١) . فجعل النص مبدأ سريان التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء (٢) ، سواء طالب فعلا بالوفاء أو لم يطالب ، حتى لا يتحكم فى الوقت الذى يبدأ فيه سريان التقادم . والوقت الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء يكون عادة وقت إنشاء الالتزام (٣) ، ما لم يثبت الدائن أنه لم يكن فى استطاعته المطالبة بالوفاء

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠ فى الهامش وفقرة ٦٦ فى الهامش – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٢ ص ٧٦٧ .

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨ .

(٣) استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨٧ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤ – طنطا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧١ ص ١٦٨ – وقد قضت محكمة الاسكندرية بأن مدة سقوط الودائع تبدأ من يوم حلول الأجل إن كانت لأجل أو تحقق الشرط إن كانت معلقة على شرط ، أو من يوم فض النزاع إن كانت متنازعا فيها . وفى غير ذلك يبدأ سقوط الحق فى طلب ردها من يوم الإيداع (١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٤ ص ٧٧٩) .

هذا وقد يتفق على أن المدين يتعين عليه الوفاء بالدين فى خلال مدة معينة من مطالبة الدائن له بالوفاء ، فنى هذه الحالة أيضاً يبدأ سريان التقادم من وقت وجود الالتزام ، وإلا تحكم الدائن فى تحديد الوقت الذى يبدأ فيه سريان التقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٣٩٠ – وانظر آنفاً فقرة ٥٠ فى الهامش وفقرة ٦٦ فى الهامش) . وهناك رأى يذهب إلى أن الالتزام فى هذه الحالة لا يعتبر مستحق الوفاء إلا بعد انقضاء المدة المعينة التى يتعين على المدين الوفاء فى خلالها ، فتضاف هذه المدة إلى مدة التقادم ، على ألا تكون هى ذاتها مدة تقادم ، بل تكون أجلا لاستحقاق الدين ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (انظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥١ هامش رقم ٨ – جيللوارد فقرة ٧٢ وفقرة ١٣٣ – وانظر المادة ١٩٩ من التقنين المدنى الألمانى وسالى فى التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول مادة ١٩٩ ص ٢٨٢ فقرة ٦) .

إلا فى تاريخ لاحق (١) .

ويخلص مما تقدم أن مبدأ سريان التقادم لا يجوز أن يترك لمحض إرادة الدائن يتحكم فى تحديده كما يشاء . كذلك لا يجوز أن يترك مبدأ سريان التقادم حتى إلى اتفاق يتم بين الدائن والمدين ، إذ لو جاز ذلك لاستطاعا أن يصلا بطريق غير مباشر إلى النزول عن التقادم قبل اكتماله ، بان يؤخرا مبدأ السريان مستمرين على تأخيره ، والنزول عن التقادم قبل اكتماله لا يجوز كما سنرى .

وإنما الجائز هو أن يتفق الدائن والمدين على اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض كأنها صفقة واحدة لا تتجزأ ، فلا يسرى التقادم إلا بعد أن تتم حلقات هذه السلسلة . وبذلك يتأخر مبدأ سريان التقادم بالاتفاق حتى تتم آخر حلقة من هذه الصفقات (٢) . وقد يستخلص هذا الاتفاق من طبيعة الوضع القائم ، فالالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة لا يبدأ سريان التقادم فيها إلا من وقت انقضاء هذا العقد (٣) .

٦١٩ – مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الديون الاحتمالية :

والدين يكون احتمالياً ، كما قدمنا ، إذا كانت عناصر وجوده لم تتكامل . فالالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع يبقى احتمالياً حتى لو وقع العمل غير المشروع ما دام الضرر لم يتحقق ، فاذا ما تحقق الضرر انقلب الالتزام من التزام احتمالى إلى التزام محقق . والالتزام بالرصيد فى الحساب الجارى يبقى التزاماً احتمالياً حتى يقفل الحساب ويتحدد الرصيد لمصلحة أحد الطرفين ، فعند ذلك ينقلب الالتزام إلى التزام محقق .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا كان الأجل متوقفاً على إرادة الدائن – كما هو الشأن فى سند مستحق الوفاء عند الاطلاع – بدأ سريان التقادم من اليوم الذى يتمكن فيه الدائن من الإفصاح عن هذه الارادة ، أى من يوم إنشاء الالتزام ما لم يقم الدليل على أنه لم يكن فى استطاعته أن يطالب بالدين إلا فى تاريخ لاحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥ – ص ٣٢٦)

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٠ – ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ – ٢ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ – ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩ .

وغنى عن البيان أن التقادم لا يمكن أن يسرى بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى ، لأنه التزام غير نافذ ، بل هو التزام غير موجود حالا وان احتمل وجوده استقبالا . ولا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه ، إلا من وقت أن ينقلب من التزام احتمالى إلى التزام محقق . ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بالتعويض ، إلا من وقت تحقق الضرر . ولا يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بدفع رصيد الحساب الجارى ، إلا من وقت إقفاله وترصيده (١) .

المبحث الثالث

وقف التقادم

(Suspension de la prescription)

٦٢٠ — التمييز بين وقف سريان التقادم وتأخير سريان التقادم: قد يعرض من الأسباب ما يقف سريان التقادم بعد أن يكون قد بدأ ، وعند ذلك لا تحسب المدة التى وقف فيها سريان التقادم ، وتحسب المدة التى سبقت والمدة التى تلت . فوقف سريان التقادم يفترض إذن أن التقادم قد بدأ سريانه ، ثم وقف لسبب معين . أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه لعدم استحقاق الدين ، وسيبدأ السريان بمجرد الاستحقاق ، وهذا ما عرضنا له عند الكلام فى بدء سريان التقادم .

ولكن من الجائز أن يقوم سبب يقف سريان التقادم منذ البداية ، أى قبل أن يبدأ السريان ، فعند ذلك يختلط وقف سريان التقادم بتأخير سريانه .

---

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٠ — وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « أما الحساب الجارى فلا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من تاريخ ترصيده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٦) . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٥ .

على أنه لا يزال هناك فرق بين الأمرين حتى فى هذه الحالة . فنى صورة وقف سريان التقادم تنتهى المدة التى وقف فيها السريان بزوال سبب الوقف ، أما فى صورة تأخير سريان التقادم فلا تنتهى المدة إلا بحلول الميعاد الذى يستحق فيه الدين (١) .

ومهما يكن من أمر ، فان وقف التقادم إذا صح أن يعترض التقادم بعد بدء سريانه أو يقع منذ البداية ، فان تأخير سريان التقادم لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ .

٦٢١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » .

« ٢ — ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً (٢) » .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٣٨٥ وفقرة ٤١٦ — ويميز بودرى وتيسييه بين الأمرين فى التقادم المكسب ، ويوضحان ذلك بمثل خاص بالقانون الفرنسى . فيفرضان أن شخصاً وضع يده على عقار مملوك لبنت قاصر ، تزوجت بعد ذلك تحت نظام « الدوطة » . فلو قيل إن التقادم بدأ سريانه ثم وقف ، فإنه يستأنف السريان بمجرد بلوغ الزوجة سن الرشد ، لأن التقادم يسرى على « الدوطة » متى كان قد بدأ قبل الزواج (م ١٥٦١ فرنسى) . أما إذا قيل إن التقادم تأخر سريانه ولم يبدأ قبل الزواج ، فإنه لا يسرى ببلوغ الزوجة سن الرشد بل لا يسرى إلا عند انقضاء الزواج (بودرى وتيسييه فقرة ٤١٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥١٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — لا يسرى التقادم فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً . ومع ذلك يسرى التقادم فى حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو أقل . ٢ — ولا يسرى التقادم كذلك فيما بين الأصيل والنائب ، ولا فيما بين السيد والخادم . وبوجه عام لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان المانع أدبياً » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على نحو جعله مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من المشروع كانت تتضمن فى آخرها العبارة الآتية : « ومع ذلك يسرى التقادم —

ويقابل هـذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١١٢/٨٣ و١١٤/٨٥ و٢٠٥/٢٦٩ (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٧٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٦٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٣٥ — ٤٣٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٥٤ — ٣٥٦ (٢) .

= فى حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو اقل» ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية ، لأن حكمها مستفاد بطريق القياس العكسى من سائر أجزاء النص ، وأصبح رقم المادة ٣٨٢ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٧ — ص ٣٣١) .

(١) التقنين المدنى السابق م ١١٢/٨٣ : لاتثبت الملكية مطلقاً بمضى المدة الطويلة ولا يعتبر حكمها بين الموكل والوكيل فى جميع ما هو داخل ضمن التوكيل .

م ١١٤/٨٥ : وكذلك لا تسرى على مفقود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من أنواع التملك بمضى المدة الطويلة ، متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات .

م ٢٠٥/٢٦٩ : القواعد المقررة للتملك بمضى المدة ، من حيثية أسباب انقطاعها أو إيقاف سريانها ، تتبع أيضاً فى التخلص من الدين بمضى المدة .

(وتختلف أحكام التقنين المدنى السابق عن أحكام التقنين المدنى الجديد فيما يأتى : ١ — كان التقادم يقف فى التقنين المدنى السابق حتى لو كان لناقص الأهلية نائب يمثله قانوناً . ٢ — كانت أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى السابق محصورة فى نقص الأهلية وعلاقة الوكالة بحسب النص ، فأتى التقنين المدنى الجديد بنص عام بموجبه يقف التقادم كلما وجد مانع ، ولو أدبى ، يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنينات المدنى السورى م ٣٧٩ (مطابقة للمادة ٣٨٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٩ (مطابقة للمادة ٣٨٢ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٣٥ : ١ — تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعى ، كأن يكون المدعى صغيراً أو محجوراً وليس له ولى ، أو غائباً فى بلاد أجنبية نائية ، أو أن تكون الدعوى بين الزوجين ، أو بين الأصل والفروع ، أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعى أن يطالب بحقه . ٢ — والمدة التى تمضى مع قيام العذر لا تعتبر .

م ٤٣٦ : إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة ، وكان لباقى الورثة عذر شرعى ، تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين .

(وأحكام التقنين العراقى متفقة مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى يقف التقادم بالنسبة إلى ناقص الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً فى جميع مدد التقادم ، لا فى المدة =

ويخلص من هذا النص أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث تعديلا هاماً فى أسباب وقف التقادم ، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى التقنين المدنى السابق أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى ، أصبحت فى التقنين الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب ، فكلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، يقف سريان التقادم ، ولو كان هذا المانع أدبياً .

وحتى ندرك مدى العموم الذى استحدثه التقنين الجديد ، يحسن أن نستعرض أولا أسباب وقف سريان التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى أسباب الوقف فى التقنين المدنى المصرى .

٦٢٢ — أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى :

عدد التقنين المدنى الفرنسى أسباب وقف التقادم على سبيل الحصر(١) ، وهى طائفتان من الأسباب :

= التى تزيد على خمس سنوات فحسب . انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٢ — فقرة ٣٩٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٥٤ : لا يسرى حكم مرور الزمن ، وإذا كان سارياً وقف : ١ — بين الزوجين فى مدة الزواج . ٢ — بين الأب والأم وأولادهما . ٣ — بين فاقد الأهلية أو الشخص المعنوى من جهة ، والوصى أو القيم أو ولى الإدارة من جهة أخرى ما دامت لم تنقطع مهمتهم ولم يؤدوا حساب إدارتهم على وجه نهائى . ٤ — بين السيد والخادم ما دام عقد الاستخدام قائماً .

م ٣٥٥ : إن حكم مرور الزمن ، فى حق القاصرين غير المحررين وسائر فاقدى الأهلية الذين ليس لهم وصى أو مشرف قضائى أو ولى ، يقف إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو تحريرهم أو إقامة وكيل شرعى عنهم .

م ٣٥٦ : ويقف أيضاً حكم مرور الزمن بوجه عام لمصلحة الدائن الذى استحال عليه قطعه لسبب لم يكن فيه مختاراً .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقادم يقف لصالح ناقصى الأهلية الذين ليس لهم نائب يمثلهم قانوناً فى جميع مدد التقادم ، وليس فحسب فى المدد التى تزيد على خمس سنوات كما هو الأمر فى التقنين المصرى) .

(١) والمادة ٢٢٥١ من التقنين المدنى الفرنسى هى التى تبين أن أسباب وقف التقادم مذكورة فى نصوص القانون على سبيل الحصر (بودرى وتيسييه فقرة ٣٦٦) ، وإن اختلف القضاء مع الفقه ، فى فرنسا ، على تحديد معنى الحصر ، كما سنرى .

(الطائفة الأولى) هم القصر والمحجورون(١) (م ٢٢٥٢ مدنى فرنسى) ، فهؤلاء لا يسرى فى حقهم التقادم إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ، ما دام نقص الأهلية قائماً. ويستوى أن يكون للقصر والمحجورين من يمثلهم قانوناً كولى أو وصى أو قيم أو لم يكن لهم ممثلون ، فى الحالتين يقف سريان التقادم فى حقهم. وينتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم ، ويؤثر ألا يقف سريان التقادم فى حق القصر والمحجورين ، أو فى القليل لا يقف سريانه إذا كان لهم من يمثلهم قانوناً إذ وجد من يستطيع المطالبة بحقوقهم ، فان أهمل من يمثلهم فى المطالبة بحقوقهم استطاعوا الرجوع عليه بالتعويض. هذا إلى أن الأساس الذى يقوم عليه التقادم إنما هو تثبيت الأوضاع التى بقيت قائمة زمناً طويلا حتى يستقر التعامل ، وليس غرضه الجوهرى عقاب الدائن المهمل ، فتتحقق حكمته سواء كان الدائن كامل الأهلية أو ناقصها(٢).

(الطائفة الثانية) هم الطائفة الذين تستوجب علاقتهم بالمدينين وقف سريان التقادم فى حقهم ، وهؤلاء هم : ١ – الزوجان (م ٢٢٥٣ مدنى فرنسى) ، ولا يسرى التقادم فيما بينهما ، وإلا لاضطر كل منهما أن يقاضى الآخر حتى يقطع التقادم ، فيتعكر صفو السلام فى الأسرة (٣). ٢ – الوارث الذى قبل الميراث مع الاحتفاظ بحقه فى الجرد sous bénéfice d'inventaire (م ٢٢٥٨ مدنى فرنسى). فهذا الوارث إنما قبل الميراث على أن تفصل أموال التركة عن أمواله الشخصية ، وعلى ألا يكون مسئولا عن ديون التركة إلا بقدر ما لها من حقوق. فاذا كان دائناً للتركة ، فان حقه لا يزول باتحاد الذمة ، لأنه لم يرث ديون التركة بعد أن انفصلت عن أمواله. وما دام حقه لا يزول ، فقد أصبح هذا الحق عرضة للتقادم ، إلا إذا قاضى الوارث التركة مطالباً به. وقد رأى المشرع الفرنسى ، فى سبيل منع الوارث من مقاضاة التركة وما فى ذلك من تعارض مع واجباته باعتبار أنه هو المدير للتركة والممثل لها ، وتوقياً لمصروفات المقاضاة

---

(١) ويسرى التقادم فى حق المرأة المتزوجة ، إلا فى حالات محصورة حددها القانون (انظر المواد ٢٢٥٤ — ٢٢٥٦ من التقنين المدنى الفرنسى).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٦٨.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٤٤٤ — فقرة ٤٤٦ مكررة.

مما يضر بمصلحة الدائنين الآخرين ومصلحة الوارث نفسه ، أن يقف سريان التقادم فى حق هذا الوارث حتى لا يضطر إلى مقاضاة التركة(١) .

هذه هى أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى ذكرت على سبيل الحصر ، فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها . وبخاصة لا يجوز ، فى نظر الفقه الفرنسى ، الرجوع إلى قاعدة تقليدية كانت معروفة فى القانون الفرنسى القديم ، وكانت تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه (contra non valentem agere non currit praescriptio) ، فأى مانع يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه . ولم ينقل التقنين المدنى الفرنسى هذه القاعدة ، بل هو على العكس من ذلك أنكرها فى وضوح عند ما قرر فى المادة ٢٢٥١ أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص فى القانون(٢) . ولكن القضاء الفرنسى لم يساير

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٤٤٧ — ولكن سريان التقادم لا يقف فيما للتركة من حقوق فى ذمة الوارث ، على أن الوارث — وهو المكلف بإدارة التركة ومن ذلك قطع التقادم — لا يستطيع أن يتمسك باكتمال تقادم كان من واجبه أن يقطعه ، ولا يجوز له أن يفيد من خطأ هو المسئول عنه (بودرى وتيسييه فقرة ٤٥٣) .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 2251 : La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi.

ويأبى الفقه الفرنسى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه . فإن هذه القاعدة قامت فى القانون الفرنسى القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب الدائن المهمل ، وقد ثبت أنه لم يهمل ، بل كان من المتعذر عليه أن يطالب بحقه ، فلم يعد هناك محل لسقوط حقه بالتقادم . وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى القديم يقصرونها على الموانع القانونية التى تحول دون أن يطالب الدائن بحقه ، ولكن مالبثت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً ، فانطوى فى القاعدة جميع الأحوال التى يتعذر فيها على الدائن أن يطالب المدين بحقه ، من قصر وجنون وحجر وشرط وأجل وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغيبة منقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وحادث فجائى وغير ذلك . وكان للقانون الكنسى ، وقد تقدم أنه كان يجنح إلى التضييق من نطاق التقادم ، أثر كبير فى توسيع القاعدة . ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن التقنين المدنى الفرنسى أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومنازعات ، فنص فى المادة ٢٢٥١ على أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص فى القانون . فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة فى نصوص القانون على سبيل الحصر ، =

الفقه فيما ذهب إليه ، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ على أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص ، فهذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى نصوص القانون . أما الأسباب التى لاترجع إلى حالة الشخص ، بل ترجع إلى ظروف خارجية ، فهى غير مذكورة على سبيل الحصر ، بل كان القضاء الفرنسى فى شأنها أميل إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها ، فأى مانع خارجى يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه (١) .

= وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة السالفة الذكر ، وأيا كان المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، فإن هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح فى القانون . ويدعم الفقه الفرنسى منطقه فى هذه المسألة بأن التقادم لم يعد يقوم على فكرة عقاب الدائن المهمل ، وهى الفكرة التى تعتبر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة ، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل . وهى فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب الدائن بحقه أو لايقوم ، ففى الحالتين ينبغى أن يسقط الحق بالتقادم حتى تتوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القائمة — انظر فى هذا المعنى تيسييه فقرة ٣٦٧ — فقرة ٣٦٨ — لوران ٣٢ فقرة ٣٧ — هيك ١٤ فقرة ٤١٥ — وقارن بلانيول وريبير ورادوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . ويذهب أوبرى ورو مع ذلك إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها ، فلا يعتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح فى القانون (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهوامش ٢٩ إلى ٣٣) .

(١) وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى هو القضاء على الامتيازات التى كان يتمتع بها بعض الأشخاص فى القانون الفرنسى القديم ، كالكنيسة والهيئات العامة وأملاك التاج ، فكان لا يجرى التقادم فى حقها أو يجرى تقادم أطول (انظر آنفاً فقرة ٥٩٣) . فتقضى النص بأن التقادم يجرى فى حق كل شخص ، دون تمييز بين شخص وآخر ، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظراً لحالة شخصية قائمة بها ، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدنى فرنسى فى خصوص القصر والمحجورين . أما إذا كان المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية ، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١ . ويطبق القضاء الفرنسى القاعدة القديمة هذا النطاق ، بعد أن يخرج الموانع التى ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١ . فعنده إذا تعذر على الدائن أن يطالب بحقه ، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقفال المحاكم أو غيبة منقطعة أو جهل الدائن بحقه جهلا مغتفراً أو غير ذلك ، كان هذا كافياً لوقف سريان التقادم (انظر فى القضاء الفرنسى بودرى وتيسييه فقرة ٣٦٩ — فقرة ٣٧٧ — بلانيول وريبير ورادوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . وهذا الاتجاه الذى سار فيه القضاء الفرنسى ، ومن شأنه أن يخفف من حدة ما قد ينطوى عليه التقادم من انكار لحقوق ثابتة ، هو الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد كما سنرى .

٦٢٣ — أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى المصرى : وإذا كان التقنين المدنى المصرى السابق قد حذا حذو التقنين المدنى الفرنسى فى حصر أسباب وقف التقادم كما قدمنا ، فان التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة ، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقصى الأهلية والمحجورين فحسب ، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب ، بل بوجه عام يقف سريان التقادم « كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً » . وجاءت هذه العبارة من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم التى سبقت الإشارة إليها ، والتى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بيد أن أهم جديد أتى به المشروع فى هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على المدين أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ولم ير إيراد الموانع على سبيل الحصر — كالحرب وحالة الأحكام العرفية والأسر وصلة الزوجية والخدمة — على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية . بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل ، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير . وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجه ما بقيت الزوجية قائمة ، وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً ما بقى قائماً على الإدارة ، وبين الشخص المعنوى ونائبه ما بقيت النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل فى حدود التوكيل ، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد ، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالى صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل معها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه . وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان المدة ، فاذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالاً مستنداً ، وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد فى خلالها (١) » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩ — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٣٢ — ص ٣٣٦ .

يضاف إلى الاعتبارات التى تقدم ذكرها فى المذكرة الإيضاحية أن التقنين المصرى، وقد أخذ مدة التقادم عن الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة، وهى مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة فى التقنين المدنى الفرنسى ، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة بالعذر الشرعى ، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً عند ما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى(١) . ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعى أمران متلازمان ، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية . وما العذر الشرعى إلا قيام المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، والعذر الشرعى والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التى كانت تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه .

على أنه من المصلحة أن تضبط ، من ناحية التطبيق ، حدود المانع الذى تعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه . ويجب أن يكون هذا الضبط محكماً ، حتى لا تنفذ ثغرات إلى أحكام التقادم تخل بالأساس الذى قام عليه . فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة ، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة فى سبيل صيانة مصلحة الدائن عن طريق وقف التقادم . فالأولى مصلحة عامة والأخرى مصلحة خاصة ، والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة . ومن ثم يجب التشدد فى ضبط أسباب وقف التقادم ، « ولا سيما — كما تقول المذكرة الإيضاحية (٢) — أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير » .

وقد ورد من أسباب وقف التقادم — فى نص التقنين المصرى وفى المذكرة الإيضاحية وفى التقنينات الأجنبية — نقص الأهلية والحجر ، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب ، والعلاقة ما بين الزوجين ، والعلاقة ما بين الأصول والفروع ، والعلاقة ما بين الشخص المعنوى ومديره ، والعلاقة ما بين المخدوم والخادم ، وحالة ما إذا كان الدائن غائباً غيبة اضطرارية فى سفر أو أسر أو نحو ذلك ،

---

(١) انظر فى التقادم المسقط فى الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة وفى مجلة الأحكام العدلية مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب المنشور فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٤٥ — ص ٤٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩ .

وحالة اتحاد الذمة . وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص : شخص الدائن كما فى القصر والحجر والغيبة والأسر واتحاد الذمة ، أو العلاقة بينه وبين المدين كما فى العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخدوم والخادم . وبعض هذه الموانع مادية ، وبعضها موانع أدبية .

وقد تقوم موانع يتعذر معها أن يطالب الدائن بحقه وترجع ، لا لأسباب تتعلق بالشخص ، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة ، كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات أو ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية .

ونستعرض الآن كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى المصرى(١) : (١) أسباب وقف التقادم التى تتعلق بالشخص (٢) وأسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية .

---

(١) وما استحدثه التقنين الجديد من أسباب وقف التقادم يسرى من وقت العمل بهذا التقنين . فإذا كان التقادم سارياً فى ظل التقنين السابق ، ثم جد سبب لوقفه فى يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك ، طبقاً لأحكام التقنين الجديد ، فإن التقادم يقف سريانه ، حتى لو لم يكن هذا السبب فى عهد التقنين السابق يترتب عليه وقف التقادم . وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا السبب قد اعترض التقادم فى عهد التقنين السابق ، ولم يكن من شأنه أن يقف التقادم طبقاً لأحكام هذا التقنين وإن كان يقفه طبقاً لأحكام التقنين الجديد ، فإنه لا يعتبر واقفاً للتقادم فى المدة التى سبقت العمل بالتقنين الجديد .

على أن القضاء والفقه فى عهد التقنين السابق كانا يتوسعان فى أسباب وقف التقادم إلى حد مشارفة القاعدة الفرنسية التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٣ (يقف التقادم بالنسبة إلى دائن مدرج فى قائمة التوزيع حتى لو بقيت هذه القائمة مدة طويلة بسبب معارضات فيها خاصة بدائنين آخرين) — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٢ (وصية تنفيذها يتوقف على الحكم فى قضية فيقف التقادم حتى يصدر الحكم) — ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ (دائن استوفى حقه عن طريق نزع ملكية مال لمدينه ، ثم أبطلت إجراءات نزع الملكية فيعتبر التقادم موقوفاً طوال مدة الإجراءات الباطلة) — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤م ٥٦ ص ٢١٦— وانظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٤٦ ص ٦٥١ — ص ٦٥٢ .

وأكثر ما يجرى القضاء الفرنسى القاعدة التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه ، إنما يكون عندما يقوم المانع فى آخر مدة التقادم ، فتكتمل المدة والمانع لا يزال =

٦٢٤ — أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص : أهم هذه الأسباب هو السبب المتعلق بناقصي الأهلية والمحجورين . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدني تنص على أنه « لا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . فمدد التقادم التى لا تزيد على خمس سنوات لا يقف سريانها إذن فى حق القصر والمحجورين ، ولو لم يكن لهم من يمثلهم قانوناً من ولى أو وصى أو قيم . والحكمة فى ذلك أن مدد التقادم التى لا تزيد على خمس سنوات يقوم التقادم فيها على اعتبارات يستوى عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد . فالديون الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فترهقه ، وهذا الاعتبار قائم بالنسبة إلى المدين سواء كان دائنه بالغاً رشيداً أو كان قاصراً أو كان محجوراً ، وسواء كان للقاصر والمحجور من يمثله قانوناً أو لم يكن ، فلا يكون القصر أو الحجر فى هذه الحالة سبباً لوقف التقادم . وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات ، والتقادم يقوم على قرينة الوفاء وعدم إرهاق المدين فى وقت

= قائماً . عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة ، حالت دون أن يتخذ الدائن الإجراءات القانونية للمطالبة . أما إذا قام المانع فى وسط مدة التقادم ، ثم زال وبقيت مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم ، لم يعتد بهذا المانع ، ولم يعتبر التقادم موقوفاً أثناء قيامه ، فقد كان عند الدائن مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع فى خلالها المطالبة بحقه (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . وهذا هو عين ما كان القضاء يجرى عليه فى مصر فى عهد التقنين السابق . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتى لا يقف سريان التقادم ، ولكن للقاضى أن يعفى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع . أما إذا زال المانع الوقتى ولا يزال أمام الدائن مدة كافية لاستعمال حقه ، وأهمل استعماله حتى انتهت جميع المدة ، فإن الحق يسقط بالتقادم (٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الاستحالة التى تقف سريان التقادم هى الاستحالة المطلقة التى تكون مانعة منعاً كلياً من مباشرة الحقوق كالأسر فى حرب أو إعلان الأحكام العرفية فى البلد . أما إبعاد شخص من الديار المصرية ومنعه من العودة لأسباب سياسية ، فيعتبر مانعاً وقتياً ، ولا يترتب عليه وقف سريان المدة . ولكن للقاضى أن يعفى صاحب الحق من آثار مضى المدة التى سرت ضده ، إذا باشر حقه بمجرد زوال المانع (١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٧٤ ص ١٣٢) .

واحد، وهذه الاعتبارات متوافرة ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، على أنه قل أن يكون أحد من أصحاب هذه المهن الحرة قاصراً أو محجوراً . وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقادم بسنة واحدة ، والتقادم يقوم على قرينة الوفاء ، وهذا الاعتبار قائم ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، على أنه قل – فى غير العمال والخدم والأجراء – أن يكون الدائن قاصراً أو محجوراً . والضرائب والرسوم تتقادم بثلاث سنوات، والدائن هنا هو الدولة لا يلحقها قصر ولا حجر، فلا محل فى هذه الحالة لوقف التقادم . وهناك مدد تقادم أخرى وردت فى نصوص متفرقة ، كتقادم دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والدعوى البولصية بثلاث سنوات، وإذا وقف سريان التقادم للقصر أو للحجر فى هذه الأحوال لم يتحقق الغرض الذى أراده المشرع من تقصير مدد التقادم ، وهو استقرار الأوضاع بعد انقضاء مدة معقولة (١) . فاذا زادت مدة التقادم على خمس سنوات – وهى لا تكون حينئذ إلا خمس عشرة سنة – وجب التمييز بين ما إذا كان القاصر أو المحجور له نائب يمثله أو ليس له نائب . فى حالة ما إذا كان له نائب، لا يقف سريان التقادم ، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره ، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور . وهذا حكم استحدثه التقنين المدنى الجديد، أخذاً عن بعض التقنينات الأجنبية ، وتضييقاً من أسباب وقف التقادم باغفال ما لا تقوم الضرورة لتبريره (٢) . أما التقنين المدنى السابق فكان يقف سريان

---

(١) على أن المشروع قد لاحظ حالة القصر أو الحجر فى دعاوى الإبطال المبنية على نقص الأهلية ، فأخر سريان التقادم إلى اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدنى) . وفعل مثل ذلك فى دعوى تكملة الثمن للغبن فى بيع عقار شخص لا تتوافر فيه الأهلية ، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٢٦ مدنى على أن « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « استحدث المشروع حكماً هاماً بشأن وقف التقادم بالنسبة لعديمى الأهلية وناقصيها ، فقضى بأن هذا الوقف لا يقع على وجه الإطلاق لمصلحة أولئك وهؤلاء متى كان لهم من ينوب عنهم قانوناً : انظر المادة ٥٤٩ من التقنين البرتغالى . ذلك أن النائب يحل محل الأصيل المحجور ، فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه ، فإذا لم يفعل كان مسئولا عن ذلك . أما إذا لم يكن لعديم الأهلية أو ناقصها من ينوب عنه ، –

التقادم ، ولو كان للقاصر أو المحجور نائب يمثله (١) .

وقد يقوم مانع ، غير القصر والحجر ، يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك (٢) ، وهذه غير الغيبة المنقطعة التي يقام من أجلها وكيل للغائب والتي تدخل في أسباب الحجر السالفة الذكر . فيقف سريان التقادم ، إلى أن تتهيأ للدائن أسباب العودة إلى مباشرة أعماله . وتقرير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه مسألة واقع ، تترك لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (٣) .

وحالة اتحاد الذمة مانع طبيعي من أن يطالب الدائن بحقه ، كما تقول المذكرة الإيضاحية (٤) . فاذا ما زال سبب اتحاد الذمة ، وانفصلت صفة الدائن عن صفة المدين بأثر رجعي ، فهذا الأثر الرجعي لا شأن له بما وقف

= فعندئذ يقف سريان مدة التقادم بالنسبة له ، ما لم تكن المدة خمس سنوات أو اقل . ويشمل هذا الحكم الغائب والمحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية . فالواقع أن الغرض من التقادم الخمسي هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة ، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها . ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس سنوات يتهافت تهافتاً يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة ... أما التقادم الحولى فقد بني على قرينة الوفاء، وهي تظل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٨ — ص ٣٢٩) .

(١) فإذا كان القاصر أو المحجور نائب يمثله ، ووقف سريان التقادم في عهد التقنين المدني السابق ، اعتبر التقادم موقوفاً إلى يوم نفاذ التقنين المدني الجديد . ومنذ هذا اليوم تسرى أحكام هذا التقنين ، فيزول سبب الوقف ويعود التقادم إلى السريان في حق القاصر أو المحجور ما دام له نائب يمثله . أما إذا لم يكن للقاصر أو المحجور نائب يمثله ، ووقف سريان التقادم في عهد التقنين المدني السابق ، فإنه يبقى موقوفاً حتى بعد نفاذ التقنين المدني الجديد ، ويستمر موقوفاً إلى أن يعين للقاصر أو المحجور نائب يمثله ، فعندئذ يعود التقادم إلى السريان ولو لم يرتفع الحجر لبقاء نقص الأهلية .

(٢) انظر استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٣ (جندى أسر في السودان).

(٣) أما إفلاس الدائن فليس سبباً لوقف التقادم ، وعلى السنديك أن يقوم بمطالبة المدين (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٣) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٢٣ — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩ .

من سريان التقادم ، ولا تحسب المدة التي قام في خلالها اتحاد الذمة ضمن مدة التقادم (١) .

وقد يكون المانع من أن يطالب الدائن بحقه هي العلاقة القائمة بينه وبين المدين . فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبي لأي منهما أن يطالب الآخر بحقه ، وإلا تعكر صفو السلام في الأسرة . فوجب وقف سريان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة ، ويعود التقادم إلى السريان بمجرد أن تنفصم عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك . وقد قدمنا أن التقنين المدني الفرنسي (م ٢٢٥٣) يشتمل على نص صريح في هذا الحكم (٢) .

والعلاقة ما بين الأصول والفروع هي أيضاً مانع أدبي . وقد يكون مانعاً أدبياً علاقة القرابة أيا كانت ، ما دامت علاقة وثيقة واقترنت بملابسات تؤكد

---

(١) بودري وتيسيه فقرة ٣٧٨ .

(٢) وقد كان القضاء في عهد التقنين المدني السابق يتردد في جعل علاقة الزوجية سبباً في وقف التقادم . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مرور الزمن المسقط للحقوق يسري بين الزوجين ، بخلاف ما جاء بالقانون الفرنسي بالمادة ٢٢٥٣ التي أساسها أن للزوج حق إدارة أموال زوجته بقوة القانون ، فهو وكيل قانوني عنها ، وهذه الصفة غير مقررة في القانون المصري (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . ولكن محكمة النقض قضت بعيد ذلك بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التي تختلف في الدعاوى بحسب ظروفها ، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ - وانظر : استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - عابدين أول يوليه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١١ ص ١٢) - أما في التقنين الجديد ، حيث النص صريح في وقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً ، فنرى أن تكون علاقة الزوجية في الأصل مانعاً أدبياً من سريان التقادم . فإذا استأجر الزوج مثلا أرضاً من زوجته ، لم يستطع أن يتمسك بالتقادم الخمسي لإسقاط الأجرة المستحقة في ذمته لها ما دامت علاقة الزوجية قائمة . ولكن له أن يثبت أنه وفاها الأجرة بجميع طرق الإثبات ، دون حاجة إلى الكتابة ، بسبب هذه العلاقة نفسها . على أنه قد يقع أن ينفصل الزوجان ، ويقوم الشقاق بينهما ، مع بقاء الزوجية قائمة ، فلا يعود هناك محل للخشية من تعكير صفو السلام في الأسرة بعد أن تعكر فعلا ، لا سيما إذا كانت هنك قضايا مرفوعة بين الزوجين . ففي هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال ، وهذه مسألة واقع لا معقب فيها على تقدير قاضي الموضوع .

معنى المنع ، كالعلاقة ما بين الأشقاء ، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت . وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع .

والعلاقة ما بين المخدوم والخادم مانع أدبى ، ما دامت علاقة الخدمة قائمة .

والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم ، وقد ورد نص صريح فى ذلك فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدنى ، كما رأينا . ويدخل فى ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك فى حدود أعمال الوكالة(١) . كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور ، ما دام الحجر قائماً(٢) . وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير ، ما دامت صفة الإدارة قائمة . فى كل هـذه الأحوال يقف سريان التقـادم فى الحقوق التى لأى طرف على الآخر انتظاراً لتصفية العلاقة القائمة ، إذ لا يحسن

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧ — ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٥٢ — وحيازة الوكيل لملك موكله تكون حيازة عارضة ، ولا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى حق الموكل الشخصى فى الرجوع على الوكيل إلا من وقت أن يغير الوكيل حيازته من حيازة عارضة إلى حيازة المالك (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) . على أنه إذا قام نزاع بين الوكيل والموكل ، فقد تكدرت العلاقة بينهما ، ولم تعد مانعاً أدبياً من سريان التقادم . ولا يقف التقادم فى هذه الحالة قيام نزاع بينهما على عنصر من عناصر الحساب ، إذا كان قد سبق الوكيل تقديم الحساب فى قضية أخرى . وقد قضت محكمة النقض فى هـذا المعنى بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من الحساب بينهما لا يعتبر عائقاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه ، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب فى قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع ، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥) .

(٢) وإذا استأجر المشرف على الوصية أطيان القصر ، فليس له أن يتمسك قبل القصر بسقوط الحق فى الأجرة بمضى خمس سنوات ، لأنه وإن كان بصفته مستأجراً يستفيد من التقادم الخمسى ، إلا أن من واجبه مراقبة الوصية فى اتخاذ اللازم نحو الحصول على حقوق القصر ومنع أى إهمال يؤدى إلى سقوط تلك الحقوق أو ضياعها ، وواجبه هذا يتعارض مع استفادته من إهمال الوصية فى مطالبته والتمسك بسقوط حقوق القصر بمضى المدة (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٣١ ص ٨٧٨) .

أن يقاضى أحد الطرفين الآخر مع وجود علاقة بينهما تقوم على الثقة والائتمان(١).

ويقف سريان التقادم فى جميع الموانع التى قدمناها ، أيا كانت مدة التقادم ، خمس سنوات أو أكثر أو أقل ، وذلك فيما عدا القصر والحجر فقد رأينا أن التقادم لايقف فيهما إلا إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات .

٦٢٥ — أسباب وقف التقادم التى ترجع الى ظروف مادية اضطرارية : وقد يرجع المانع ، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص ، بل إلى ظرف مادى اضطرارى ، أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة (٢) ، يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه . فيقف سريان التقادم ، أياً كانت مدته ، خمس سنوات أو أكثر أو أقل (٣) . من ذلك قيام حرب مفاجئة أو نشوب فتنة أو

---

(١) ولا تعد علاقة الموظف بالحكومة مانعاً أدبياً من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء الإدارى ٢٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩) . كذلك لا يكون شغار الوقف من الأسباب القانونية التى تقف سريان التقادم (استئناف مصر ١٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩١ ص ١٠٨٧ — المادتان ٥٩٤ و ٦١٩ من قانون العدل والإنصاف) .

(٢) ولم تقل القوة القاهرة ، إذ لا يشترط فى المانع ما يشترط فى القوة القاهرة . ويكفى فى المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ الدائن ، حتى يقف سريان التقادم . فيعتبر جهل الدائن بوجود حقه عن غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢) ، وقد لا يكون هذا الجهل قوة قاهرة بالمعنى الدقيق . وقد قضت محكمة النقض بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم ، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره . فإذا كان الحكم قد نفى عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه فى جهله باغتصاب ملكه ، فإنه لا يكون مخطئاً إذ اعتبر مدة التقادم لا تحتسب فى حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه (نقض مدنى ٢٢ ابريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٢ ص ٦٠٢) . ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه (انظر آنفاً فقرة ٦٢٠) .

ومن ثم يحسن فصل الفكرتين — المانع والقوة القاهرة — إحداهما عن الأخرى . والأمر فى تقدير المانع يترك لقاضى الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (قارن استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠ — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٤٢) .

(٣) ومن ذلك نرى أن أسباب الوقف ترد على التقادم أيا كانت مدته ، ولو كانت هذه المدة خمس سنوات أو أقل ، وذلك فيما عدا الأسباب التى ترجع إلى عدم توافر الأهلية أو الغيبة المنقطعة أو الحكم بعقوبة جنائية فهذه كما رأينا لا تقف سريان التقادم إلا إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات .

إعلان الأحكام العرفية ، إذا كان شيء من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها ، فلا يتمكن الدائن من المطالبة القضائية بحقه (١) .

ومن ذلك أيضاً انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن الدائن من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، فيقف سريان التقادم لهذا المانع (٢) . والمسألة موكولة إلى تقدير قاضي الموضوع ، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض .

ومن ذلك أخيراً ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية . فقد نصت المادة ١٧٢ مدنى على أن « ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط مدة الدعوى ، فى كل حال ،

---

(١) انظر المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى الألمانى .

(٢) ومن الموانع التى رأت محكمة النقض أنها تقف سريان التقادم ، حتى فى عهد التقنين المدنى السابق ، ما قضت به من إنه إذا باع المدين الدائن عيناً أداء لدينه ثم حكم ببطلان هذا البيع ، فإن تقادم الدين يقف إلى صدور الحكم بالبطلان . وإذا أقر البائع (المدين) المشترى (الدائن) بإجازة البيع بعد ذلك ثم قضى ببطلان هذه الإجازة ، فهذه الإجازة تقف التقادم إلى أن يقضى ببطلانها (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه متى كانت المورثة قد أوصت بكل أملاكها العقارية والمنقولة لبناتها ومن بينهن المطعون عليها ، وأقرت فى الوصية لهن بديون ، فإنه بحسب الحكم ، ليستقيم قضاؤه برفض الدفع بسقوط حق المطعون عليها فى المطالبة بدينها لمضى خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه حتى تاريخ المطالبة به ، تقريره أن قيام الوصية كان مانعاً يستحيل معه على المطعون عليها المطالبة بالدين موضوع الإقرار حتى فصل نهائياً ببطلانها ، متى كان ثابتاً فى الحكم أن المقرة أوصت بما أوصت للمطعون عليها فى مقابل دينها . وتقدير المانع فى هذه الحالة موكول أمره إلى محكمة الموضوع دون معقب عليها متى اعتمدت على أسباب سائغة (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) . ومن ذلك أخيراً ما قضت به من أن النزاع على عقد أمام القضاء من شأنه وقف سريان التقادم فى حق الالتزامات المترتبة على هذا العقد ، لا انقطاعه ، متى كان لم يتوافر سبب من أسباب الانقطاع القانونية (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) . أما الدعوى التى يرفعها الغير بطلب استرداد الشىء المبيع فلا يعتبر سبباً قانونياً لوقف التقادم الخاص بحق المشترى فى التضمينات مقابل ما فاته من ربح بسبب عدم تنفيذ عقد البيع (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٠٣ ص ٢٩٠) .

بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية » . فلو فرضنا أن جناية وقعت وعلم المجنى عليه بها وبالشخص المسئول عنها وقت وقوعها ، فان الدعوى المدنية بالتعويض تتقادم بثلاث سنوات من وقت وقوع الجناية . ولكن لما كانت الدعوى الجنائية لاتسقط فى الجنايات إلا بعشر سنوات من وقت وقوع الجناية (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية) ، فلو فصلنا ما بين مدتى التقادم ، لنتج عن ذلك موقف شاذ هو سقوط الدعوى المدنية بثلاث سنوات قبل سقوط الدعوى الجنائية بعشر سنوات . فيكون من الممكن إيقاع عقوبة على الجانى بعد انقضاء ثلاث سنوات إذ تكون الدعوى الجنائية لم تتقادم ، دون التمكن من إلزامه بالتعويض إذ تكون الدعوى المدنية قد تقادمت ، مع أن التعويض أقل خطراً من العقوبة الجنائية . هذا المحظور أراد المشرع أن يتفاداه، فنص على أن الدعوى المدنية لاتتقادم فى هذه الحالة بثلاث سنوات ، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يستطيع المضرور فى الوقت الذى يعاقب فيه الجانى أن يتقاضى منه التعويض المدنى (١) . والمفروض فى كل ذلك أن الدعوى الجنائية لا تزال قائمة ، فتقوم معها الدعوى المدنية ، وتسقط بسقوطها . أما إذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية ، وانقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم فيها ، فقد فصمت عرى الارتباط ما بين مدتى التقادم ، فتستقل الدعوى المدنية بمدة تقادمها الأصلى وهى ثلاث سنوات . فاذا فرضنا أن المجنى عليه لم يرفع دعوى التعويض أمام محكمة الجنايات ، بل تربص بالجانى حتى يحكم عليه جنائياً ، ودامت المحاكمة الجنائية أكثر من ثلاث سنوات ثم انتهت بادانة الجانى ، فانه يكون قد مضى على الدعوى المدنية بالتعويض أكثر من ثلاث سنوات ، فهل تكون قد تقادمت بانقضاء هذه المدة ؟ لا نتردد فى القول بأن سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى المدنية يقف طوال المدة التى دامت فيها

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ ص ٩٣٩ .

المحاكمة الجنائية ، ولا يعود التقادم إلى السريان إلا عند صدور الحكم النهائى بإدانة الجانى أو عند انتهاء هذه المحاكمة بسبب آخر . ذلك أن من حق المجنى عليه أن يختار الطريق المدنى دون الطريق الجنائى فى دعواه المدنية بالتعويض . فإذا اختار هذا الطريق ، وقف النظر فى دعواه المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية ، لأن الطريق الجنائى يقف الطريق المدنى (le criminel tient le civil en état) . فهناك إذن سبب لوقف سريان التقادم فى حق الدعوى المدنية ، وهو سبب قانونى ، إذ القانون يمنع نظر الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية . ويترتب على ذلك أن المجنى عليه يستطيع أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد انتهاء المحاكمة الجنائية ، ولا تكون هذه الدعوى المدنية قد تقادمت ، لأن التقادم فى حقها يكون قد وقف سريانه طوال المدة التى دامت فيها المحاكمة الجنائية (١) .

٦٢٦ — الأثر الذى يترتب على وقف التقادم : ومتى وقف سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التى تقدم ذكرها ، فان الأثر الذى يترتب على وقف التقادم واضح . ذلك أن المدة التى وقف سريان التقادم فى خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ، وتحسب المدة السابقة والمدة التالية (٢) . فلو أن الدائن ترك حقه الذى يتقادم بخمس عشرة سنة دون أن يطالب به المدين

---

(١) انظر فى أن وقف النظر فى الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية ، بمقتضى القاعدة التى تقضى بأن الطريق الجنائى يقف الطريق المدنى ، هو سبب قانونى لوقف سريان التقادم فى حق الدعوى المدنية : بودرى وتيسييه فقرة ٢٧٧ .

(٢) ويذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى أن قيام مانع من شأنه أن يقف التقادم إنما يقفه إذا قام فى الوقت الذى يوشك فيه التقادم أن يكتمل (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ ص ٤٦٨ — وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ . وانظر آنفاً فقرة ٦٢٣ فى الهامش فيما جرى عليه القضاء فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق) . ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به فى مصر ، حيث النص صريح فى أن المانع أياً كان يقف التقادم . ولم تذكر أسباب محدودة على سبيل الحصر لوقف التقادم كما فعل التقنين المدنى الفرنسى ، مما دعا القضاء والفقه فى فرنسا ، فى الموانع التى لم يرد بها نص ، إلى اعتبار هذه الموانع بمثابة القوة القاهرة ، فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت فى آخر مدة التقادم ، فمنعت الدائن من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٤٣ — ص ٣٤٤) .

اثنتى عشرة سنة ، ثم مات وورثه قاصر لم يعين له نائب يمثله قانوناً ، فوقف سريان التقادم سنتين إلى أن عين للقاصر وصى وعاد التقادم إلى السريان ، فان مدة السنتين التى وقف فى خلالها سريان التقادم لا تحسب ، وتحسب الاثنتا عشرة سنة التى تقدمتها . فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصى له ثلاث سنوات أخرى - لا سنة واحدة - قبل أن يتقادم حقه (١) .

المبحث الرابع

انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٦٢٧ - أسباب انقطاع التقادم وما يترتب عليه من الأثر : كما يعرض للتقادم أن يقف سريانه للأسباب التى قدمناها ، يعرض له أيضاً أن ينقطع بسبب من أسباب الانقطاع . فتكون المدة التى انقضت قبل انقطاع التقادم كأنها لم تكن ولا تدخل فى حساب مدة التقادم ، حتى إذا بدأ سريان التقادم من جديد بعد انقطاعه، يعقب التقادم الذى زال بالانقطاع تقادم جديد تسرى عليه الأحكام العامة للتقادم .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد رؤى أن أثر وقف التقادم أظهر من أن يحتاج إلى نص خاص ، فالفترة التى يقف التقادم فى خلالها لا تحتسب ضمن المدة المسقطة : المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى الألمانى »(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩).

هذا ولا يقف التقادم ، إذا كان سبب الوقف يتعلق بالشخص . إلا بالنسبة إلى الشخص الذى قام به هذا السبب ، فلا يستفيد دائن متضامن من قصر دائن متضامن معه لوقف التقادم بالنسبة إلى الاثنين ، بل يقف التقادم بالنسبة إلى القاصر فقط إذا لم يكن له من يمثله قانوناً (بودرى وتيسيه فقرة ٤٦٣) . وإذا وقف سريان التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، لم يجز للدائن أن يتمسك به قبل باقى المدينين (م ٢٩٢/٢ مدنى) .

وإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضى وقف سريان التقادم بالنسبة إلى باقى المدينين (انظر آنفاً فقرة ٢١٨) . وكذلك إذا وقف التقادم لصالح أحد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام ، انتفع بذلك سائر الدائنين نظراً لما تقتضيه طبيعة عدم التجزئة (انظر آنفاً فقرة ٢٢٦) .

فنبحث إذن مسألتين : (١) أسباب انقطاع التقادم . (٢) الأثر الذى يترتب على انقطاع التقادم .

المطلب الأول

أسباب انقطاع التقادم

٦٢٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى » .

وتنص المادة ٣٨٤ على ما يأتى .

« ١ — ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً .

« ٢ — ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين(١) » .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٨٣ : ورد هذا النص فى المادة ٥٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على عبارة « عن غلط مغتفر » بعد عبارة « ولو رفعت الدعوى » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة ، وأضيفت فقرة ثانية نصها كالآتى : « وينقطع التقادم أيضاً بالإنذار الرسمى » . وأصبحت المادة رقها ٣٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية التى أضافتها لجنة المراجعة « لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإنذار ، ولكى تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق فى اقتضائه وتحفزه لذلك ، فلا يكفى مجرد إرسال إنذار رسمى من حين إلى آخر » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣١ — ص ٣٣٤) .

م ٣٨٤ : ورد هذا النص فى المادة ٥٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى حيث ورد فيها : —

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٨٢ فقرة ثانية / ١١١ و٢٠٥/٢٦٩ (١).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٨٠ - ٣٨١ - وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٧٠ - ٣٧١ - وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ (٢).

= « ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن منقولا أو عقاراً . . . » وفى لجنة المراجعة اكتفى بكلمة « مال » لأنها تشمل المنقول والعقار ، وقيدت بأن المال المرهون يكون ملكاً للمدين ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٥ - ص ٣٣٦) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٨٢ فقرة ثانية /١١١ : تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى ، وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة ولو لم يستوف المدعى دعواه ، إنما يشترط فى ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن .

م ٢٠٥/٢٦٩ : القواعد المقررة للتملك بمضى المدة من حيثية أسباب انقطاعها أو إيقاف سريانها تتبع أيضاً فى التخلص من الدين بمضى المدة .

(ويلاحظ على هذه النصوص ما يأتى : ١ - المقصود بالتنبيه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة هو التنبيه : un commandement régulier en la forme . ٢ - أغفل التقنين السابق ذكر الحجز ، والطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع ، وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى . ولكن هذا كله كان معمولا به فى عهد التقنين السابق ، تطبيقاً للقواعد العامة . ٣ - لم يذكر التقنين السابق ضمن أسباب قطع التقادم إقرار المدين بحق الدائن ، ولكن هذا الحكم أيضاً كان معمولا به دون نص فى عهد التقنين السابق . وقد استوفى التقنين الجديد هذا النقص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٨٠ - ٣٨١ (مطابقة للمادتين ٣٨٣ - ٣٨٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٧٠ - ٣٧١ (مطابقتان للمادتين ٣٨٣ - ٣٨٤ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٣٧ : ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر . فإن طالب الدائن غريمه فى المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة ، فإنها تسمع بعدها . ٢ - وكالمطالبة القضائية الطلب الذى =

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الأسباب التى تقطع التقادم إما أن تكون صادرة من الدائن وذلك بالمطالبة القضائية أو بما يقوم مقامها (١) ، وإما أن تكون صادرة من المدين وذلك بإقراره بحق الدائن .

§ ١ — الأسباب الصادرة من الدائن

٦٢٩ — المطالبة القضائية : ينقطع التقادم بمطالبة الدائن المدين بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaire) أى بإقامة دعوى بحقه (citation en justice) . فلا بد إذن أن يصل الدائن ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية .

= يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو توزيع ، وبوجه عام أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى .

م ٤٣٨ : ١ — تنقطع أيضاً المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن صراحة أو دلالة ، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك . ٢ — ويعتبر المدين قد أقر دلالة بحق الدائن إذا هو ترك تحت يده مالا مرهوناً بالدين رهن حيازة .

(والتقنين العراقى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٥٧ : ينقطع حكم مرور الزمن : ١ — بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية ذات تاريخ صحيح من شأنها أن تجعل المديون فى حالة التأخر عن تنفيذ الموجب ، ولو قدمت لمحكمة لا صلاحية لها أو حكم بفسادها شكلا . ٢ — بطلب قبول الدائن فى تفليسة المدين . ٣ — بعمل احتياطى يتناول أملاك المديون أو بعريضة ترمى إلى نيل الإذن فى إجراء عمل من هذا النوع .

م ٣٥٨ : ينقطع مرور الزمن باعتراف المديون بحق الدائن .

(وتختلف أحكام التقنين اللبنانى عن أحكام التقنين المصرى فيما يأتى : ١ — يكتفى التقنين اللبنانى بمجرد الإنذار ذى التاريخ الصحيح لقطع التقادم . ٢ — ويكتفى أيضاً بعمل احتياطى يتناول أملاك المدين أو بعريضة ترمى إلى نيل الإذن فى إجراء عمل من هذا النوع . ٣ — لا تفقد المطالبة القضائية فى التقنين اللبنانى أثرها فى قطع التقادم ولو حكم بفسادها شكلا ، وفى مصر تفقد هذا الأثر . أما المطالبة القضائية المقدمة لمحكمة غير مختصة فتقطع التقادم فى كلا التقنينين . هذا ولم يذكر التقنين اللبنانى من أسباب قطع التقادم التنبيه والحجز والتقدم فى توزيع وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى ، ولكن لا شك فى أن كل هذه الأعمال تقطع التقادم فى لبنان ما دام مجرد الإنذار ذى التاريخ الصحيح يكفى لقطعه) .

(١) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٦ ص ٣١ .

فلا تكفى المطالبة الودية ، ولو بكتاب مسجل(١) .

بل ولا يكفى الإنذار الرسمى على يد محضر(٢) (sommation) . وقد كانت لجنة المراجعة أضافت نصاً يجعل الإنذار الرسمى كافياً لقطع التقادم ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا النص « لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإنذار ، ولكى تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق فى اقتضائه وتحفزه لذلك ، فلا يكفى مجرد إرسال إنذار رسمى من حين إلى آخر(٣) » .

ولا يكفى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع الأختام ، وكوضعها بالفعل ، وكقيد الرهن ، وكتجديد القيد (٤) .

كذلك لا يكفى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضى الأمور المستعجلة ، فان الذى يطلبه الدائن من المدين أمام قاضى الأمور المستعجلة إنما هى إجراءات

---

(١) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٥ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ – ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ .

(٢) قارن استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٤ – وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٣ مدنى آنفاً فقرة ٦٢٨ فى الهامش – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وليس يكفى مجرد الإنذار لترتيب هذا الأثر ، ولو تولى إعلانه أحد المحضرين . وقد اكتفى المشروع الفرنسى الإيطالى فى قطع التقادم بكل ما يصلح وسيلة لإعذار المدين : المادة ٢٤٣ ، وهو بهذا يجتزىء بالكتابة أياً كانت صورتها . بيد أن مثل هذا الحكم يكاد يجعل تقادم الديون مستحيلا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٢) . ويقال فى تبرير عدم الاكتفاء بالإنذار الرسمى لقطع التقادم إن من وجه إليه هذا الإنذار ليس مضطراً إلى الرد عليه ، فقد يعتقد أنه غير جدى ما دام صاحبه لم يفرغه فى صورة مطالبة قضائية من شأنها أن تجبر المدعى عليه على رفع الدعوى ، وقد يعتقد أن صاحب الإنذار بعد أن نكب عن المطالبة عن طريق رفع الدعوى قد عدل عن ادعائه بعد أن تبين أنه غير محق فى طلبه (انظر بودرى وتيسييه فقرة ٤٧٨) – وانظر : نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ – استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ – ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧١٢ .

وكما لا يكفى الإنذار الرسمى فى قطع التقادم ، كذلك لا يكفى البروتستو لأنه ليس إلا إنذاراً من نوع خاص (السيدة ٢٨ يناير سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٨) .

(٤) أما حجز ما للمدين لدى الغير فيقطع التقادم ، لأنه حجز لا مجرد إجراء تحفظى ، وسنرى أن الحجز يقطع التقادم ولو كان حجزاً تحفظياً .

وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه . ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم بالنسبة إلى موضوع الحق(١) .

ولا يكفي أيضاً لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية ، ولو انتهى الأمر إلى قبول الطلب ، فان هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته(٢) .

كذلك لا يكفي لقطع التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية ، فان هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية (٣) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣ — بودري وتيسيه فقرة ٤٩٤ — وإذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل ، عن خطأ ، طلبات في موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية في هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق مرفوعة أمام محكمة غير مختصة، فتقطع التقادم . وقد يكون من المعقول أن تقطع المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل سريان التقادم إذا تلاها في خلال مدة معينة مطالبة قضائية بالحق أمام محكمة الموضوع ، ولكن هذا الحكم لا يمكن العمل به إلا بموجب نص تشريعي ، وهذا النص غير موجود (بودري وتيسيه فقرة ٤٩٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣ — نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠ — استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٠ ص ٩٨٣ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ — ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٢٨ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٧٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ — بودري وتيسيه فقرة ٤٧٩ — ولكن المطالبة أمام لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي تقطع التقادم . وقد قضت لجنة طعن الضرائب بالقاهرة بأن المشرع لم يقصد بالطالبة القضائية معناها الحرفي المتعارف عليه ، وإنما قصد كل إجراء قانوني يتضمن إظهار نية الدائن في تمسكه بحقه ضد من يسرى التقادم في مصلحته . وليست المطالبة القضائية مقصورة على التكليف بالحضور أمام محكمة تتألف من قضاة بالمعنى الذي قصده قانون استقلال القضاء ، بل يجب أن تمتد إلى المطالبة التي يتضمنها كل تكليف بالحضور أمام أية هيئة عهد إليها المشرع بنظر خلاف معين ومن اختصاصها إصدار قرار أو حكم ملزم يمكن التنفيذ بمقتضاه ، تمشياً مع ماتطورت إليه النظم الاجتماعية والاقتصادية واستحدثت من القوانين الحالية . وإنه بناء على ذلك تكون إحالة الموضوع إلى لجنة الطعن بناء على طلب الطاعن قاطعاً للتقادم، لأن هذه الإحالة تتضمن لا محالة تمسكا من جانب المصلحة بحقها ، ومعلوم أن التمسك بالحق قاطع للتقادم (أول أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٣٩٧ ص ٩٢٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن لجان التقدير القديمة هي هيئات مختصة في مسائل الضرائب ، —

ولا يكفى لقطع التقادم إيداع شروط البيع دون إعلانها للمدين(١).

وإذا حول الدائن حقه إلى محال له ، فان إعلان المدين بالحوالة ، سواء صدر من المحيل أو من المحال له ، لا يقطع التقادم(٢):

فالواجب إذن ، لقطع التقادم ، أن يطالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالحق الذى له فى ذمته (٣). وتصدر المطالبة القضائية — صحيفة الدعوى — من الدائن ، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو فضولى أو دائن للدائن يستعمل حقوق مدينه(٤). ولما كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى ،

= وكل إليهما المشرع دون غيرها أمر إجراء التقدير لأرباح الشركات غير المساهمة والأفراد ، وأن ولايتها فى ذلك ولاية أصيلة ، وأن رفع الأمر إليها يعتبر مطالبة قضائية تقطع التقادم طبقاً للمادة ٣٨٢ مدنى ، ولأن الخطاب الموصى عليه بعلم الوصول الذى بمقتضاه تحيل مصلحة الضرائب الممول على لجنة التقدير تكون له قوة الإعلان الذى يتم بالطرق القانونية العادية ، وينقطع التقادم ان كان لم يكتمل بعد (٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١) .

وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٤٧ — ص ٣٤٨ . وانظر المادة ٢٢٠ من التقنين المدنى الألمانى .

(١) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦ . ولا يقطع التقادم محضر تحديد يوم للبيع (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩٤٨ م ٦١ ص ٤٢) .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٠ .

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق الدائن مع المدين على أن التقادم ينقطع بمجرد إنذار رسمى أو غير رسمى ، أو بأى عمل من الأعمال التى قدمنا أنها لا تقطع التقادم ، ويكون الاتفاق صحيحاً فينقطع التقادم بالعمل الذى اتفقا على أن يكون له هذا الأثر (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٢ — ويراعى أن المطالبة القضائية تشمل الدعوى والدفع على حد سواء (انظر المادة ١٣٥/٢ من تقنين الالتزامات السويسرى) .

ولا يؤثر فى قطع التقادم أن الدعوى لم تقيد فى الجدول ، لأن كل ما يترتب على عدم تقييدها إنها لا تنظر فى الجلسة المحددة ، وللمدعى أن يعيد إعلانها (بنى سويف ٥ يوليه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١١٣ ص ٢٥١) . والمطالبة القضائية تقطع التقادم وإن لم تعقبها إجراءات (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩) .

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٢ — أما إذا كان من رفع الدعوى هو المدين نفسه ، وقد رفعها على الدائن يطلب الحكم ببراءة ذمته من الدين أو ببطلانه أو بانقضائه بأى سبب ولو =

بل تكفى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية ، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم(١) . وتوجه المطالبة القضائية إلى المدين الذى ينتفع بالتقادم ، أو إلى من ينوب عنه ، فلو وجهت المطالبة إلى مستأجر عنده ليست له صفة فى تمثيله فانها لا تقطع التقادم(٢) .

= بالتقادم ، ورفضت هذه الدعوى ، فإنها لا تقطع التقادم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦١ ص ٧٧٤ — ص ٧٧٥ — وانظر عكس ذلك تعليق لابيه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ يناير سنة ١٨٧٩ سيريه ٧٩ — ١ — ٤٤١ — ويميز بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٩ بين ما إذا كان الحكم برفض دعوى المدين صدر فى غيبة الدائن ودون إبداء دفاع منه فلا يقطع التقادم أو صدر فى حضور الدائن وبعد أن أبدى دفاعه فيكون مؤيداً لحقه وقاطعاً للتقادم) . وقد قضت محكمة النقض بأن المدين إذا رفع دعوى ببراءة ذمته من الدين ، فان ذلك لا يعتبر منه اعترافاً بالدين ، ولا ينقطع التقادم (نقض مدنى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨) . وقضت أيضاً بأن رفع الدعوى من المدين ببراءة ذمته من الدين لانقضائه بالتقادم ينافى اعتباره معترفاً بالدين اعترافاً يقطع مدة التقادم التى لم تكن قد تكاملت : كما أن تمسك الدائن بدينه فى تلك الدعوى ليس هو التنبيه الرسمى المنصوص عليه فى المادة ٨٢ من القانون المدنى (القديم) ، وهو لا يغنى عن التنبيه ولا عن التنفيذ ، لأنهما هما وحدهما اللذان يصلحان لقطع سريان التقادم (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى التى يرفعها المدين ضد الدائن بسقوط الدين أو بطلانه لا تقطع التقادم (١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٢٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدعوى التى يرفعها المدين على الدائن بأن الدين انقضى بالتقادم لا تقطع التقادم حتى لو كان وقت رفع الدعوى لم يتكامل (٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ — وقارن ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٨ — ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧) . وقضت أيضاً بأن الكتاب الذى يرسله أمين النقل إلى صاحب البضاعة يخطره فيه أن بضاعته أرسلت إلى غير جهتها ، وأنه أعطى تعليمات لإرسالها إلى الجهة الصحيحة ، ليس من شأنه أن يقطع التقادم أو أن يغير من مبدأ سريانه (١٠ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٨٥) .

(١) فتصح المطالبة القضائية من حيث أثرها فى قطع التقادم . لكن يجب للاستمرار فى التقاضى من التوفر على أهلية التقاضى ، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى ولى القاصر لتصحيح الإجراءات ولاستبقائها قائمة . ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى ، قبل الحصول على الإذن الواجب من مجلس الإدارة ، فيقطع التقادم ، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى وتصحيح الإجراءات (بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٤) .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٩١ — بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٣ — ولا يعتبر البائع مثلا المشترى فى الدعاوى اللاحقة للتاريخ الثابت لعقد البيع (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ =

وقد جاء فى صدر المادة ٣٨٣ مدنى أنه « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة » . فاذا أخطأ الدائن ورفع الدعوى على المدين أمام محكمة غير مختصة ، فان المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة(١) ، وذلك لسببين : (الأول) أن القواعد التى يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة فى بعض الأحوال ، فيلتبس الأمر على الدائن ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة عن خطأ مغتفر . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتى : « حتى لو رفعت الدعوى عن غلط مغتفر إلى محكمة غير مختصة » . ولكن لجنة المراجعة حذفت عبارة « عن غلط غير مغتفر (٢) » ، فلم يصبح من الضرورى أن يثبت الدائن لقطع التقادم أن رفعه الدعوى أمام محكمة غير مختصة كان عن خطأ مغتفر . بل إن مجرد رفع الدعوى ولو أمام محكمة غير مختصة يكفى لقطع التقادم ، ويفرض القانون أن الدائن لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر ، إذ لا مصلحة له فى تكبد المصروفات وإضاعة الوقت فى رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع فى هذا الخطأ . و (السبب الثانى) أن الدائن ، وقد رفع الدعوى على المدين يطالبه بحقه ، قد أظهر بذلك نيته المحققة فى أنه يريد تقاضى هذا الحق ، ويستوى فى ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة ، وهذه النية من جانب الدائن هى الأصل فى قطع التقادم(٣) . ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصاً محلياً

= رقم ٤٧ ص ٩٩) . وتوجه الدعوى فى الوقف إلى ناظره ، وفى التركة إلى أحد الورثة . وقد قضت محكمة النقض بأن دائن الوقف إذا رفع الدعوى ضد ناظر الوقف قطع التقادم (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) . وقضت محكمة سوهاج بأن مطالبة أحد الورثة بدين على التركة يقطع التقادم بالنسبة إلى جميع الورثة (١٠ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٩) .

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٣ – وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٣ مدنى آنفاً فقرة ٦٢٨ فى الهامش .

(٣) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٣ – ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٩٤ – بودرى وتيسيه فقرة ٤٩٦ .

أو غير مختصة اختصاصاً نوعياً ، ففى الحالتين ينقطع التقادم(١) . ويظل منقطعاً طوال المدة التى تستغرقها الدعوى المقامة ، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذى قطع ومدته ويكون خاضعاً لنفس القواعد التى تسرى عليه(٢) .

وتنص المادة ٢٢٤٧ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل ، أو ترك المدعى الخصومة ، أو جعلها تسقط بمضى المدة ، أو رفضت دعواه ، فان انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن(٣) » . وليس فى التقنين المدنى المصرى مقابل لهذا النص ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه فى مصر (٤) .

فصحيفة الدعوى ، أى المطالبة القضائية ، إذا كانت باطلة لعيب فى

---

(١) ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) يقطع التقادم لنفس السببين اللذين قدمناهما فى رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها ، فمسائل الولاية أشد تعقيداً فى بعض الأحوال من مسائل الاختصاص ، ونية الدائن فى المطالبة بالدين محققة (قارب نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) . لكن إذا كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الوضوح بحيث لا يكون هناك أى محل للبس ، فالظاهر أن التقادم لا ينقطع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رفع الدعوى ابتداء إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٤) .

(٢) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ — وتقضى المادة ٢١٢ من التقنين المدنى الألمانى بأن التقادم لا ينقطع بالمطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة إلا إذا رفع الدائن الدعوى أمام المحكمة المختصة فى خلال ستة أشهر من يوم صدور الحكم بعدم الاختصاص ، أو من يوم سحب القضية من المحكمة غير المختصة .

(٣) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 2247 : Si l'assignation est nulle pour défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance, ou si sa demande, est rejetée, l'interruption est regardée comme non avenue.

(٤) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ — ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٩ — ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ — ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٠ — أما سقوط الحكم الغيابى فلا يترتب عليه زوال أثر انقطاع المدة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٣) .

الشكل ، فليس لها وجود قانونى ، ولا يترتب عليها أى أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم (١) .

كذلك إذا كان الدائن ، بعد أن رفع الدعوى على المدين فقطع التقادم ، ترك الخصومة « باعلان منه للمدين على يد محضر ، أو بتقرير منه فى قلم الكتاب ، أو ببيان صريح فى مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها ، أو بابدائه شفوياً بالجلسة وإثباته فى المحضر » (م ٣٠٨ مرافعات) ، مع ملاحظة وجوب قبول المدين لترك الدائن للخصومة إذا كان المدين قد أبدى طلباته فى الدعوى قبل صدور الترك من الدائن (م ٣٠٩ مرافعات) (٢) . فانه « يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى ذلك صحيفة الدعوى ، والحكم على التارك بالمصاريف . ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى » (م ٣١٠ مرافعات) . ويخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومة على النحو الذى قدمناه ، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار ، ومن ذلك انقطاع التقادم ، فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . ويعتبر التقادم ، الذى كان قد بدأ سريانه ، مستمراً أبداً فى السريان . فاذا

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥ — ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٩ — ومع ذلك قارن ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ — وينتقد الفقه الفرنسى التعارض ما بين الحكم القاضى بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضى بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلا لا تقطع التقادم . مع أن البطلان فى الحالة الأولى يرجع إلى الدائن وفى الحالة الأخرى قد يرجع إلى المحضر (ماركاديه م ٢٢٤٢ فقرة ٣ — لوران ٣٢ فقرة ٩٧ — جيللوار فقرة ٢٠٩ — وانظر المادة ٣٥٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٦٢٨ فى الهامش) . ويدافع بودرى وتيسييه عن هذه التفرقة بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لا تمنع إطلاقاً من ظهور نية الدائن الحقيقة فى تقاضيه لحقه كما سبق القول ، أما المطالبة القضائية الباطلة شكلا فكثيراً ما يرجع بطلانها إلى غموض هذه النية أو إلى عدم جديتها ، فوجب الرجوع فى شأنها إلى الأصل وهو انعدامها وعدم جواز ترتيب أى أثر عليها (بودرى وتيسييه فقرة ٤٩٨ ص ٣٧٦) .

(٢) وتمضى المادة ٣٠٩ مرافعات فتقول : « ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه (أى اعتراض المدين) على الترك ، إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة ، أو باحالة القضية إلى محكمة أخرى ، أو ببطلان صحيفة الدعوى ، أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضى فى سماع الدعوى » .

كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل ، فان الحق يسقط بالتقادم . أما إذا كان التقادم لم يكتمل ، فان ترك الخصومة لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى ، ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبتدىء تقادم جديد (١) . على أن ترك الخصومة ، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذى ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم ، فقد تقدم القول بأن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة(٢).

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى دون أن يسار فى الدعوى بفعل الدائن أو امتناعه ، وذلك وفقاً للمواد ٣٠١ - ٣٠٣ من تقنين المرافعات ، فان الحكم بسقوط الخصومة - كما تقول المادة ٣٠٤ من تقنين المرافعات - « يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة فيها باجراء الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة ، بما فى ذلك صحيفة الدعوى ، ولكنه لا يسقط الحق فى أصل الدعوى ، ولا فى الأحكام القطعية الصادرة فيها ولو كانت غيابية ، ولا فى الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التى حلفوها » . ويخلص من هذا النص أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومن ذلك قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية . فان كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة ، سقط الحق . وإن كان لم يكتمل ، فان الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه ، ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبتدىء تقادم جديد(٣).

---

(١) وفى التقنين المدنى الألمانى (م ٢١٢) ، إذا ترك الدائن الخصومة ، لم يعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إلا إذا لم يرفع الدائن دعوى جديدة فى خلال ستة أشهر .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٥٠٢ .

(٣) وتنص المادة ٣٠٥/١ مرافعات على أنه « متى حكم بسقوط الخصومة فى الاستئناف ، اعتبر الحكم المستأنف انتهائياً فى جميع الأحوال » . فإذا كان الحكم الابتدائى الذى أصبح انتهائياً قد قضى برفض طلب الدائن ، فإن انقطاع التقادم الذى كان قد ترتب على صحيفة دعواه الابتدائية يعتبر كأن لم يكن . فلو أن رفض الدعوى الابتدائية كان راجعاً إلى سبب لا يتصل —

فاذا وقف السير فى الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذوو المصلحة من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة . انقضت الخصومة فى جميع الأحوال بمضى خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها (٣٠٧ مرافعات) . وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون ، بمجرد انقضاء الخمس السنوات ، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك . ومتى انقضت الخصومة على هذا النحو ، فقد ألغيت جميع إجراءاتها ، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار ، ويدخل فى ذلك انقطاع التقادم . فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية (١) . فان كان قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة ، فقد سقط الحق . وإن كان لم يكتمل ، بقى الحق قائماً إلى أن تكتمل المدة فيسقط ، أو إلى أن ينقطع التقادم بعمل آخر فيبتدىء تقادم جديد .

بقى الفرض الأخير ، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى . وقد يقال ما دام الدائن قد رفضت دعواه ، فهو لا يستطيع رفعها من جديد ، وإلا دفعها المدين ، لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع ، ولكن بقوة الأمر المقضى . فلا حاجة إذن إلى البحث فى زوال انقطاع التقادم ، واحتمال تكامله بعد هذا الزوال . ولكن الفقه الفرنسي يجيب على ذلك بأن هناك أحوالا يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه ، وأنه مستمر فى سريانه منذ البداية . ويتحقق ذلك فى الفرضين الآتيين : (١) قد يرفع الدائن الدعوى على المدين فيقطع التقادم ، ثم ترفض دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق . فقد ترفض دعواه مثلا بالحالة التى هى عليها ، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفى الشروط التى كانت غير متوافرة . فاذا رفعت الدعوى الجديدة ، لم يستطع المدين أن يدفعها بقوة الأمر المقضى ، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد تكامل . ولا يستطيع الدائن أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد

= بموضوع الحق ، وجاز رفع الدعوى من جديد ، أمكن المدين أن يحتج بالتقادم إذا كان قد تكامل . ولا يعترض عليه الدائن بأن التقادم قد انقطع بصحيفة الدعوى الأولى ، فقد زال أثر الانقطاع برفض الدعوى .

(١) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٧ (وانقضاء الخصومة فى تقنين المرافعات السابق كان يقع بانقضاء خمس عشرة سنة) .

انقطع برفع الدعوى الأولى ، فان الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها فى قطع التقادم (١) . (٢) قد يرفع أحد الدائنين المتضامنين الدعوى على المدين ، فيقطع التقادم ويفيد من ذلك سائر الدائنين المتضامنين (٢) . ثم ترفض الدعوى ، فلا يضار برفعها سائر الدائنين المتضامنين (٣) . فاذا رفع أحد هؤلاء الدعوى على المدين ، لم يستطع هذا أن يدفع الدعوى بقوة الأمر المقضى . وإنما يستطيع أن يدفعها بتقادم الحق ، إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت . ولا يستطيع الدائن الذى رفع الدعوى الجديدة أن يعترض بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى ، فقد زال هذا الانقطاع برفض هذه الدعوى (٤) .

٦٣٠ — التنبيه : ويلجأ الدائن إلى قطع التقادم عن طريق المطالبة القضائية ، إذا لم يكن بيده سند واجب التنفيذ . أما إذا كان بيده هذا السند — حكم أو سند رسمى — فانه لا يرفع دعوى على المدين ، بل يبادر إلى التنفيذ على ماله بموجب السند الذى بيده . ويسبق إجراءات التنفيذ تنبيه (commandement) نص عليه تقنين المرافعات ، فهذا التنبيه يقطع التقادم (٥) ، وأثره فى ذلك هو نفس الأثر الذى يترتب على رفع الدعوى (٦) .

ويجب أن يكون التنبيه صحيحاً حتى يقطع التقادم . كذلك يجب أن يكون صحيحاً السند الواجب التنفيذ الذى يستند إليه التنبيه .

ويعقب التنبيه عادة التنفيذ ، ويكون بطريق الحجز على أموال المدين .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٥ .

(٢) ذلك أن الدائن المتضامن الذى قطع التقادم يعتبر نائباً عنهم فيما يفيدهم ، فيعتبر التقادم قد انقطع لمصلحتهم هم أيضاً (انظر آنفاً فقرة ١٤٤)

(٣) ذلك أن الدائن المتضامن لا يعتبر نائباً عنهم فيما يضرهم ، فلا يتعدى إليهم أثر الحكم برفض الدعوى (انظر آنفاً فقرة ١٤٥) .

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٤ .

(٥) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٤ — ٢٥ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١ — ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ .

(٦) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٢ .

ولكن لا يشترط ، حتى يقطع التنبيه التقادم ، أن يعقبه الحجز (١) . وإذا ما أعقبه فعلا ، فلا يشترط أن يكون الحجز صحيحاً فقد يعقب التنبيه حجز باطل ، أو لا يعقبه حجز ما ، ومع ذلك يبقى حافظاً لأثره من قطع التقادم . ولكن يسرى فى هذه الحالة تقادم جديد ، إذا اكتملت مدته قبل أن ينقطع تقادم الدين (٢) .

ويقوم مقام التنبيه فى قطع التقادم الإنذار الذى يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخلية (م ٦٢٦ مرافعات) ، فهو من مقدمات التنفيذ ، والسند الذى يجرى التنفيذ بموجبه هو عقد الرهن الرسمى .

وإذا أراد الحائز تطهير العقار المرهون ، جاز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره (م ١٠٦٧ مدنى) ، ويكون الطلب باعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق . فهذا الاعلان يقوم هو أيضاً مقام التنبيه فى قطع التقادم بالنسبة إلى دعوى الرهن .

٦٣١ — الحجز وتقضى المادة ٣٨٣ مدنى ، كما رأينا ، بأن التقادم ينقطع أيضاً بالحجز (saisie) . فالحجز إذن يقطع التقادم ، سواء كان حجزاً تنفيذياً أو حجزاً تحفظياً . غير أن الحجز التنفيذى يسبقه تنبيه هو أيضاً يقطع التقادم ، أما الحجز التحفظى فلا يسبقه هذا التنبيه ، ومن ثم لا ينقطع التقادم إلا من وقت توقيع الحجز التحفظى بالذات .

ففى التنفيذ على العقار ، يبدأ التنفيذ بالتنبيه ، والتنبيه يقطع التقادم كما رأينا . ثم يسجل التنبيه فى خلال ميعاد معين وإلا اعتبر كأن لم يكن (م ٦١٣ مرافعات) ، وفقد أثره فى قطع التقادم . ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً (م ٦١٥ مرافعات) ، فيعود التسجيل وهو بمثابة حجز إلى قطع التقادم مرة أخرى . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦١٥ مرافعات على أن

---

(١) استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٠ — ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٤٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥١ .

« يسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر ، إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع أو صدور أمر قاضي البيوع بعد هذا الميعاد » . فاذا شطب التسجيل على هذا النحو ، زال أثره فى قطع التقادم . ثم إن سقوط التسجيل يجعل التنبيه نفسه كأن لم يكن (١) فيزول كذلك أثر التنبيه فى قطع التقادم . ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع لا بالحجز ولا بالتنبيه ، ويبقى مستمراً فى سريانه منذ البداية (٢) .

وفى الحجز التنفيذى على المنقول، يسبق الحجز تنبيه (م ٤٩٨ مرافعات) ينقطع به التقادم . ثم يوقع الحجز ، فينقطع به التقادم مرة أخرى . وتنص المادة ٥١٩ مرافعات على أن « يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر من تاريخ توقيعه ، إلا إذا كان البيع قد وقف باتفاق الخصوم أو بحكم المحكمة أو بمقتضى القانون . ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على تأجيل البيع لمدة تزيد على ستة شهور من تاريخ الاتفاق » . فاذا اعتبر الحجز كأن لم يكن على هذا النحو ، زال أثره فى قطع التقادم . ولكن يبقى مع ذلك أثر التنبيه الذى

---

(١) وذلك إذا كان التسجيل قد شطب فى وقت لا يتمكن معه الدائن من إعادته فى الميعاد القانونى ، أى إذا كان التسجيل قد شطب بعد انقضاء ستين يوما على إعلان التنبيه (م ٦١٣ مرافعات) .

(٢) وقد نصت المادة ٦٣٢ مرافعات على أنه « يجب على قلم الكتاب خلال الخمسة عشر يوما التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والحائز والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين أصحاب الرهون الحيازية والرسمية وحقوق الاختصاص والامتياز الذين قيدت حقوقهم قبل تسجيل التنبيه ... » . ثم تنص المادة ٦٣٦ مرافعات على أن « يخطر المحضر الذى قام بإعلان ورقة الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع مكتب الشهر بحصول ذلك خلال ثمانية الأيام التالية . ويوقع الموظف المختص على أصل الإعلان بما يفيد علمه بحصوله ، ويؤشر بذلك على هامش تسجيل التنبيه » . وتنص المادة ٦٣٧ على أن « جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه وجميع الدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم يصبحون ، من تاريخ التأشير بحصول الإعلان المشار إليه فى المادة السابقة ، طرفاً فى الإجراءات . ولا يجوز بعد ذلك شطب التسجيلات والتأشيرات المتعلقة بالإجراءات إلا برضاء هؤلاء الدائنين جميعاً أو بمقتضى أحكام نهائية عليهم » .

ويخلص من هذه النصوص أن الدائنين المقيدين على العقار يصبحون طرفاً فى الإجراءات من وقت معين ، ومن ذلك الوقت ينقطع التقادم السارى ضدهم بالنسبة إلى حقوقهم (انظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٣) .

سبق الحجز فى قطع التقادم ، ويعتبر التقادم الجديد سارياً من وقت هذا التنبيه ، وكان قبل إلغاء الحجز منقطعاً بسبب هذا الحجز (١) .

وفى حجز ما للمدين لدى الغير ، إذا كان الحجز تحفظياً ، ينقطع التقادم بتوقيع الحجز تحت يد مدين المدين (م ٥٤٧ مرافعات) . ولا يسبق هذا الحجز تنبيه ينقطع به التقادم قبل ذلك كما رأينا فى الحجوز التنفيذية ، لأن الدائن يوقع الحجز بمقتضى أمر من قاضى الأمور الوقتية أو بموجب حكم غيرواجب النفاذ (م ٥٤٥ مرافعات) . وينقطع التقادم بهذا الحجز التحفظى ، ليس فحسب بالنسبة إلى الدين الذى فى ذمة المدين للدائن ، بل أيضاً بالنسبة إلى الدين الذى فى ذمة مدين المدين للمدين ، وفى كل هذا الدين لا فيما يعادل دين الدائن فى ذمة المدين فقط (٢) .

٦٣٢ — الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى : وقد قضت المادة ٣٨٣ مدنى ، كما رأينا ، بانقطاع مدة التقادم « بالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى » .

وقد نصت المادة ٢٨٨ من التقنين التجارى على أنه « يجب على المداينين ، ولو كانوا ممتازين أو أصحاب رهون على عقار أو منقول أو متحصلين

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الحجز على المنقولات يقطع مدة التقادم ، ولو لم يتم التنفيذ بسبب رفع دعوى استرداد (١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٤ ص ٢٤٨) .

(٢) استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢١ — استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٢ — ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٩ — ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٩ — ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٤ — وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٠ — وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ هامش رقم ٢٢ — لوران ٣٢ فقرة ١١٦ .

انظر أيضاً فى الحجز التحفظى على المنقول المواد ٦٠١ وما بعدها من تقنين المرافعات . وقارن بودرى وتيسييه فقرة ٥١٣ .

على الاختصاص بعقارات المفلس وفاء لديونهم ، أن يسلموا من تاريخ الحكم باشهار الإفلاس سنداتهم إلى المحكمة مع كشف ببيان مايطلبونه من المبالغ ... » . فالدائن الذى يتقدم فى تفليسة مدينه بسند دينه على النحو المتقدم ، يعتبر مطالباً بحقه مطالبة قضائية ، ومن ثم يقطع التقادم(١) . وإذا كان مجرد تقدم الدائن فى تفليسة مدينه يعتبر مطالبة قضائية بحقه تقطع التقادم ، فمن باب أولى إذا كان الدائن قد تقدم بنفسه طالباً شهر إفلاس مدينه (م ١٩٦ تجارى) ، أو طالباً شهر إعساره (م ٢٥٠ مدنى) ، اعتبر هذا من الدائن مطالبة قضائية بحقه ، ويكون طلب شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره قاطعاً للتقادم(٢) . كذلك قبول الدائن فى التفليسة ، حتى لو يتقدم إليها بنفسه ، يعتبر بمثابة إقرار بحقه ، ويقطع التقادم كما يقطعه إقرار المدين بحق الدائن(٣) .

وينقطع التقادم أيضاً بتقدم الدائن فى توزيع لأموال المدين ، سواء كان تقسيما بالمحاصة أو توزيعاً بحسب درجات الدائنين . وقد نصت المادة ٧٣١ من تقنين المرافعات فى صدد التقسيم بالمحاصة على مايأتى : « على كاتب المحكمة ... إعلان الدائنين الحاجزين فى موطن كل منهم المختار المبين بمحاضر الحجز ليقدموا إلى قلم الكتاب خلال ثلاثين يوماً طلباتهم فى التقسيم ومستنداتهم » . ثم نصت المادة ٧٣٣ من تقنين المرافعات على أنه « لا يقبل طلب من أحد بعد مضى ثلاثين يوماً من تاريخ وصول آخر إعلان . ويسقط حق من لم يتقدم من الدائنين فى التقسيم مهما تكن صفته أو صفة دينه ، وذلك بغير إخلال بحقه فى الرجوع على المتسبب بالتضمينات ، ولا بحقه فى الدخول بدينه فى تقسيم أو توزيع آخر » . فهذا الطلب الذى يتقدم به الدائن فى التقسيم على النحو المبين فى النصوص المتقدمة الذكر يكون قاطعاً للتقادم ، لأنه يكون بمثابة مطالبة قضائية من الدائن بحقه . ويلاحظ أنه قبل أن ينقطع التقادم بهذا الطلب ، قد انقطع بالحجز ، ولكن الطلب يقطع التقادم من جديد . ونصت المادة ٧٦٤ من تقنين المرافعات

---

(١) استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٣ .

(٢) ويسرى تقادم جديد إذا لم يتخذ الدائن إجراءات من شأنها أن تستبق انقطاع التقادم الأول (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠) .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٥١٠ .

فى صدد التوزيع بحسب درجات الدائنين على أن « يقدم الطلب فى التوزيع بعريضة يعين فيها الطالب موطناً مختاراً له فى البلدة التى بها مقر المحكمة ، مشفوعة بالأوراق المؤيدة للطلب . وكل دائن لا يقدم طلبه فى التوزيع على الوجه الصحيح فى الميعاد يسقط حقه فى الاشتراك فى إجراءات التوزيع . . . » . فهذا الطلب الذى يتقدم به الدائن للاشتراك فى التوزيع على النحو المبين فى النص المتقدم ، يعتبر منه بمثابة مطالبة قضائية بحقه ، فيقطع التقادم (١) . ولما كان الدائنون الذين يتقدمون بطلباتهم فى التوزيع بعضهم دائنون عاديون

---

(١) وكان القضاء المختلط فى عهد تقنين المرافعات السابق يجعل دخول الدائن فى التوزيع قاطعاً للتقادم ، وذلك لأنه كان يوجب إعلان المدين بإجراءات التوزيع . أما القضاء الوطنى فلم يكن يوجب هذا الإعلان ، ومن ثم لم يكن دخول الدائن فى التوزيع قاطعاً للتقادم .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدخول فى إجراءات التوزيع أمام المحاكم المختلطة يقطع التقادم (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ — ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٠ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٩ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٠٢ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٧ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ — ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠ — ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠) . ولكن التقدم فى توزيع سقط بعد فتحه لا يقطع التقادم (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦) .

وقضت محكمة النقض بأن طلب فتح التوزيع لا يوجه قبل المدين ، فهو إذن لا يقطع سريان التقادم (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٨ ص ٢٩٢) . وقضت كذلك بأنه متى كان المقرر فى القضاء المختلط وجوب إعلان المدين بإجراءات التوزيع لدى المحاكم المختلطة ، مع اعتبار دخول الدائن فى التوزيع مطالبة قضائية منه بالدين قاطعة للتقادم . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفض الإشكال واستمرار التنفيذ على أساس عدم سقوط الدين المحكوم به بالتقادم ، أقام قضاءه على أن العلاقة بين الطرفين نشأت فى ظل القانون المختلط وهو الذى يحكمها ، مما يتحتم معه على المحكمة أن تستهدى فى قضائها بما جرت عليه أحكام المحاكم المختلطة فى شأن النزاع القائم بين الطرفين ، وأن هذا القضاء قد استقر على أن دخول الدائن فى توزيع مفتوح ضد مدينه قاطع للتقادم تأسيساً على أن النظام الذى جرى عليه قضاء هذه المحاكم كان يحتم إعلان المدين بإجراءات التوزيع وإعلانه بالحضور للاطلاع على القائمة المؤقتة ، وأنه لا محل لاتباع قضاء المحاكم الوطنية فى هذا الشأن لأن أساس هذا القضاء هو أن المدين لا يعلن بالتوزيع المفتوح أمام المحاكم المذكورة ، فإن ما قرره هذا الحكم هو تطبيق صحيح للأحكام الواجب اتباعها فى هذا الخصوص (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٥ ص ١١٧٥ — وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٢) .

حاجزون على الثمن وبعضهم دائنون أصحاب رهون أو حقوق امتياز أو حقوق اختصاص ولو لم يكونوا حاجزين ، فان التقادم يكون قد انقطع لمصلحة الحاجزين منهم بالحجز ثم أعيد قطعه بطلب الاشتراك فى التوزيع ، وينقطع التقادم لمصلحة أصحاب الرهون أو حقوق الامتياز أو حقوق الاختصاص لأول مرة بالطلبات التى يتقدمون بها للاشتراك فى التوزيع .

وقد رأينا أن آخر عبارة فى المادة ٣٨٣ مدنى تقضى بانقطاع التقادم بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى . ومن هذه الأعمال الطلبات العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه ، وتدخل الدائن فى دعوى سبق رفعها (١) . فاذا رفع المدين دعوى على الدائن يطالبه فيها بحق له فى ذمته ، ورفع الدائن الدعوى مطالباً بحقه الذى له فى ذمة مدينه وطالباً إجراء المقاصة القضائية بين الحق الذى له والدين الذى عليه ، فان الدائن بهذا الطلب العارض يكون قد قطع التقادم؛ لأنه يكون قد تمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى (م ١٥٢ مرافعات) . كذلك إذا تدخل الدائن فى دعوى يكون مدينه فيها أحد الخصوم ، مطالباً فى تدخله المدين بحقه فى ذمته ، فانه يكون بهذا التدخل قد قطع التقادم ، إذ قد تمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى (م ١٥٣ مرافعات) (٢) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٣ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مواجهة الخصم لخصمه فى مرافعته ومذكراته بدينه باعتباره مستحق الأداء تعتبر قاطعة للتقادم ، بشرط أن تكون مصحوبة بطلب إلزام المدين بالدين ، سواء أكان ذلك فى صحيفة الدعوى أم فى المرافعة أم فى المذكرات (٨ نوفبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٢٢) . وقضت أيضاً بأن إعلان تعديل الطلبات قاطع التقادم (٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧٢ ص ٣٤٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجراءات التنفيذ تقطع التقادم (٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، وأن إعلان الحكم الابتدائى بما يتضمنه من طلب الدين يقطع التقادم ولو رفع استئناف عن الحكم (١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٩) ، وأن الصلح يقطع التقادم (٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٢) ، ولكن الصلح على أحد الطلبات المقدمة فى الدعوى لايقطع التقادم بالنسبة إلى الطلبات الأخرى التى لم يتناولها الصلح وهى مستقلة عن الطلب الأول (٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٨) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن المفاوضات التى تجرى بين الخصوم توصلا للصلح لاتقطع التقادم ، إلا إذا اعترف المدين فى خلالها بصحة الدين اعترافاً يمكن اعتباره تنازلا عن التمسك بالتقادم ، —

§ ٢ — الأسباب الصادرة من المدين — إقرار بحق الدائن

٦٣٣ — تكييف الإقرار الصادر من المدين بحق الدائن : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٤ مدنى تنص على أن « ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً » . فاذا مضت مدة على استحقاق الدين دون أن يتكامل التقادم ، ثم أقر المدين بأن الدين لا يزال فى ذمته ، فانه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة . ولما كان النزول عن مدة التقادم كلها بعد تكاملها جائزاً ، كذلك يجوز النزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها (١). ويؤدى ذلك إلى انقطاع التقادم الذى كان ساريا وعدم الاعتداد بالمدة التى انقضت ، وابتداء تقادم جديد يسرى من وقت صدور الإقرار .

وليس الإقرار بالدين القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع من جانب المدين ، وإلا لكان عملا مادياً (fait matériel) ، ولما كان من شأنه أن

= على أن هذه المفاوضات إذا أدت إلى الإقرار بالدين من جانب بعض ورثة المدين فان الإقرار يكون حجة قاصرة على المقر (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٨١ ص ١٧٣) . وقضت محكمة طنطا بأنه إذا رفعت دعوى بالمطالبة بإيجار قبل مضى خمس سنوات على استحقاقه وتم الصلح فيها ، فيعتبر التقادم منقطعاً حتى يوم التصديق على محضر الصلح ، وليس من شأن القضاء ببطلان محضر الصلح لسبب ما أن يزيل أثر الإجراءات السابقة عليه وما ترتب عليها قانوناً من انقطاع التقادم (٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٣ ص ٤٣٢) .

ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن تمسك الدائن بحقه فى تحكيم (compormis) يقطع التقادم كما يقطعه تمسك الدائن بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى (ترولونج فقرة ٥١١ وفقرة ٥٩٤ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ — لوران ٣٢ فقرة ١١٩ — جيللوار فقرة ٢٠٢ — بودرى وتيسييه فقرة ٥١١ — وانظر أيضاً المادة ٢٢٠ من التقنين المدنى الألمانى) . ولا مانع من الأخذ بهذا الرأى فى مصر ، فإن إجراءات التحكيم نظمها تقنين المرافعات على نحو يجعلها متصلة اتصالا وثيقاً بالمحاكم والإجراءات القضائية ، ويجعل للقضاء إشرافاً عليها (انظر المواد ٨١٨ — ٨٥٠ من تقنين المرافعات) . فيجوز إذن اعتبار تمسك الدائن بحقه فى خلال إجراءات التحكيم عملا قاطعاً للتقادم ، ويبتدىء تقادم جديد من وقت انتهاء مهمة المحكمين . ويعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إذا رفض طلب الدائن أو أبطلت إجراءات التحكيم (انظر المادتين ٨٤٩ — ٨٥٠ مرافعات)

(١) انظر ما يلى فقرة ٦٦٣ .

يقطع التقادم (١) . فان تقرير المدين أن الدين باق فى ذمته ، كأمر واقع ، لا يتعارض فى طبيعته مع استمرار سريان التقادم . ولكن الإقرار هنا ينطوى على نزول المدين عن الجزء الذى انقضى من مدة التقادم ، فهو عمل مادى ينطوى على تصرف قانونى (٢) (acte juridique) . وهو كاقرار المدين أمام القضاء ، فقد قدمنا أن الإقرار أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى هو نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه (٣) .

ولما كان الإقرار ، على التكييف الذى قررناه ، ليس نزولا عن الحق نفسه ، بل نزولا عن مدة التقادم التى انقضت ، لذلك لا يشترط فى المدين الذى صدر منه الإقرار أهلية التصرف فى الحق ، بل يكفى أن تتوافر فيه أهلية الإدارة (٤) . فالصبى المميز إقراره صحيح وقاطع للتقادم ، فى حدود أهليته للإدارة (٥) . كذلك يستطيع الولى أو الوصى أو القيم أن يقر بدين فى ذمة القاصر أو المحجور ، ويكون إقراره هذا قاطعاً للتقادم الذى بدأ يسرى فى مصلحة القاصر أو المحجور ، بينما هو لا يستطيع أن ينزل عن حق للصغير أو للمحجور ولو باذن المحكمة .

وإقرار المدين بالدين ، على النحو الذى بيناه ، تصرف صادر من جانبه وحده . فلا حاجة لقبول الدائن لهذا الإقرار ، ولا يجوز للمدين بعد الإقرار أن يرجع فيه .

---

(١) استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٩٧ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٤ وفقرة ١٣٦٦ ص ٧٧٩ هامش رقم ١ - وقارن سالى فى تعليقه على التقنين المدنى الألمانى م ٢٠٨ هامش ١ - بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٨ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ .

(٣) الوسيط جزء ثان فقرة ٢٤٩ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ وهامش رقم ٤٥ - جيللوار فقرة ٢٥٢ - بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٧ - وقارن لوران ٣٢ فقرة ١٢٥ .

(٥) ولكن إقرار المعتوه لا يعتد به فى قطع التقادم (قارب نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) .

٦٣٤ — الإقرار الصريح والإقرار الضمني : وقد يكون الإقرار من المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو إقراراً ضمنياً (١) .

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار بالدين يكفى . وقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب ، فى صورة رسالة أو فى غير هذه الصورة ، موجهاً إلى الدائن أو غير موجه إليه . وقد يكون فى صورة اتفاق بين المدين والدائن ، أو فى صورة اتفاق بين المدين والغير ، أو صادراً من جانب المدين وحده دون أى اتفاق (٢) .

والإقرار الضمنى يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار . فيكون الإقرار ضمنياً إذا دفع المدين قسطاً من الدين ، أو دفع فوائده ، أو قدم رهناً أو كفالة لضمانه ، أو طلب مهلة للوفاء به ، أو عرض مقاصته فى دين مقابل (٣) . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من

---

(١) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٢ — ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

(٢) وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة الدائن ، أو فى إيجاب صادر من المدين دون أن يقبله الدائن ، أو فى قبول الدين فى تفليسة المدين ، أو فى بيع يصدر من المدين للغير مع إنابة المشترى فى دفع الثمن للدائن وفاء بالدين ، أو فى تركيل يصدر من المدين للغير للوفاء بالدين ، أو فى مذكرات يتقدم بها المدين فى قضية لا يكون الدائن خصماً فيها ، أو فى عقد قسمة ، أو فى تصفية شركة ، أو فى تصرف قانونى حكم ببطلانه دون أن يمس البطلان الإقرار الصريح بالدين الوارد فى هذا التصرف (بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار المستأجر بالأقساط المتأخرة من الأجرة والتعهد بدفعها فى ميعاد معين يقطع التقادم ويسرى تقادم جديد مدته ١٥ سنة (١٢ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٠٩) — وقضت أيضاً بأنه إذا تضمنت تسوية إقراراً بالدين ثم أبطلت التسوية ، بقى الإقرار قاطعاً للتقادم (٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٥ — ص ٣٣٦ — وانظر أيضاً المادة ١٣٥/١ من تقنين الالتزامات السويسرى .

ويعتبر إقراراً ضمنياً مفاوضة المدين للدائن فى مقدار الالتزام لا فى وجوده ، وعرض المدين على الدائن تعويضاً عن الالتزام ، وإبراء المدين تسوية مع الغير بقصد الوفاء بالدين . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الكتاب الذى يرسله المدين للدائن يطلب مهلة للسداد يقطع التقادم =

المدين ينطوى على إقرار ضمنى ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (١).

= (٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤) . وقضت أيضاً بأن سداد جزء من الدين اعتراف ضمنى به فيقطع التقادم ، ويتفرع على ذلك أن المدين إذا قام بسداد أقساط الدين فى خلال سنوات متوالية يكون قد قطع التقادم فى تاريخ كل دفعة قام بسدادها إلى الدائن وفى كل تاريخ من تواريخ الإيصالات ، وينقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى الفوائد فى خلال السنوات المتعاقبة (٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سداد قسط من الدين إقرار ضمنى به فيقطع التقادم (٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٨) .

ولا يعتبر إقراراً ضمنياً مجرد أن يذكر الدائن وفاء المدين بقسط من الدين (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٢) . ورفع الدعوى من البائع ضد المتعرض أو مدعى الملكية لا يعتبر إقراراً ضمنياً بحق الضمان ، إذ يجب ألا يشوب الاعتراف لبس أو تأويل (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٦ ص ٣١٤) . ورد المدين على الدائن يعترف بأصل الدين ويقرر فى الوقت ذاته براءة ذمته منه لا يقطع التقادم ، لأن الإقرار القاطع للتقادم هو الإقرار ببقاء الدين فى ذمة المدين (استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٠ ص ٩١١) . وإذا عرض المدين أن يدفع مبلغاً على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا العرض إقراراً ضمنياً بالدين ، إذ أن رغبة المدين فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتماً أنه يقر بالدين فى ذمته (نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩١٨ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ٢٠٤) . والمقاصة القانونية التى تقع بين جزء من الدين ودين مقابل لا تفيد الإقرار الضمنى بالجزء الباقى من الدين ، لأن المقاصة القانونية قد تقع بدون إرادة المدين (بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٠) . وقبول المدين مخالصة من الدائن يحتفظ فيها بسائر حقوقه فى عبارة عامة مبهمة لا يعد اعترافاً ضمنياً من المدين بدين معين ولا يقطع التقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٩ ص ٣٩٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع للتقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧). وقضت أيضاً بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضع اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع فى استفادته إلى فعل مادى مختلف على دلالته أو إلى ورقة مقدمة فى الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضاؤه . ففى الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض ، لأن حكم القاضى فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية . أما فى الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع التقادم ، وعلى متى تكون الورقة قاطعة ، وفيم تكون ، أى على ما اشترطه القانون فى ورقة الطلب (demande en justice) من الشرائط القانونية . فيكون فصل القاضى فى ذلك فصلا فى مسألة قانونية يخضع فيه لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « يعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين » . وقد قدمنا أن مجرد تقديم رهن تأميناً لوفاء الدين يعتبر إقراراً ضمنياً . أما إذا كان الرهن رهن حيازة ، وكان المرهون مالا مملوكاً للمدين ، فان ترك المدين ماله فى حيازة الدائن تأميناً لوفاء للدين هو إقرار ضمنى مستمر بالدين . ويبقى هذا الإقرار الضمنى المستمر قائماً بعد استحقاق الدين ، مهما طالت المدة التى مضت على استحقاقه . ويبقى التقادم منقطعاً ما دام المال المرهون فى حيازة الدائن (١) . وهذا بخلاف الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحق الامتياز ، فان ثبوت حق من هذه الحقوق للدائن تأميناً لوفاء بالدين لا يعتبر إقراراً مستمراً من المدين بدينه . ولا ينقطع التقادم بقيد حق من هذه الحقوق ، ولا بتجديد القيد ، فان القيد والتجديد أعمال صادرة من الدائن لا من المدين ،

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٠ – ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا إذا خرج المال المرهون من حيازة الدائن (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ – استئناف وطنى ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٢/٩١ ص ١٦١ – ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٧ ص ٣٧٤ – مصر ٨ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٤٢ – استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٥ – ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص٣١٣ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦٥ – ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا قبل المدين أن يترك الدائن المرتهن الانتفاع بالعقار المرهون رهناً رسمياً والاستيلاء على ريعه لسداد الفوائد ، فالاستيلاء على الريع يقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦) . وقضت كذلك بأن التأمين الذى يودعه المستأجر لضمان الأجرة عند المؤجر يعتبر بمثابة أجرة مدفوعة مقدماً ، فلا يسرى فى حقها التقادم ، وإنما يسرى على ما يتبقى من الأجرة بعد خصم التأمين (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٦) . ولكنها قضت من جهة أخرى بأن الحبس لا يمنع من سريان التقادم ضد الدين المضمون بالحبس (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤) . ولعل ذلك يرجع إلى أن الحبس ، بخلاف رهن الحيازة ، لا يجيز للدائن أن يتقاضى حقه من غلة العين المحبوسة . ولكن رهن الحيازة يستبقى التقادم منقطعاً لمجرد أن العين المرهونة قد خرجت من يد المدين وانتقلت إلى حيازة الدائن ، وفى هذا يشترك الحبس مع رهن الحيازة . أما أن الدائن يتقاضى حقه من غلة العين المرهونة فهذا يقطع التقادم أيضاً ، ولكنه ليس ضرورياً لذلك ، بل يكفى لقطع التقادم انتقال العين إلى حيازة الدائن .

فلا تنطوى على إقرار ضمنى من المدين . أما ترك المدين ماله المرهون حيازة فى يد الدائن فعمل سلبى صادر من المدين ، ومن ثم يكون منطويا على إقرار ضمنى بالدين (١) .

٦٣٥ — اثبات الاقرار : ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى ، ويغلب فيها معنى التصرف القانونى كما هو الأمر فى الوفاء ، فان إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرف القانونى ولو كان من جانب واحد . فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة الالتزام الذى يراد قطع تقادمه لا تزيد على عشرة جنيهات ، فان زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) . وعبء الإثبات يقع على الدائن الذى يدعى انقطاع التقادم .

كذلك إذا استخلص الإقرار الضمنى من تصرفات قانونية ، كوفاء قسط من الدين أو دفع الفوائد أو الوعد بتقديم ضمان ، وجب إثبات هذه التصرفات وفقاً للقواعد العامة المتقدم ذكرها ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات، ولو كان الجزء الموفى به من الدين

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يراعى أن ترتيب رهن الحيازة ينفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقادم ، بل يجاوز ذلك إلى استدامة هذا الأثر ما بقى الشىء المرهون فى يد المرتهن . فمجرد ترك الدائن للشىء المرهون فى يد المرتهن ، وترخيصه لهذا المرتهن فى اقتضاء حقه من إيراده ، يعتبر إقراراً ضمنياً دائماً أو متجدداً : قارن المادة ١٤٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٢٧٥ من التقنين البولونى . أما وجود الرهن الرسمى والامتياز والاختصاص ، وقيد هذه الحقوق وتجديد قيدها ، فليس من شأنها جميعاً قطع التقادم ، لأن المدين لاينسب إليه فى هذه الحالة أمر مادى ينطوى على إقرار ضمنى بالدين ، ومجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يكفى فى هذا الشأن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٦) .

(٢) وإذا كانت الورقة التى تتضمن الإقرار بالدين ورقة عرفية ، وجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تسرى فى حق الغير (لوران ٣٢ فقرة ١٣٣ – ماركاديه م ٢٢٤٨ فقرة ١٠ – بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٨ ص ٤٠٣) . فإذا انقضى بالتقادم دين مضمون برهن متقدم ، لم يجز الاحتجاج على دائن مرتهن متأخر بأن التقادم قد انقطع باقرار المدين ، فلم ينقض الدين من أجل ذلك وبقى الرهن المتقدم إضراراً بالدائن المرتهن المتأخر ، وذلك ما لم يكن الإقرار بالدين ثابت التاريخ فى وقت لم يكن فيه التقادم قد اكتمل .

أو الفوائد المدفوعة أو الضمان الموعود بتقديمه قيمته أقل من هذا المبلغ (١) .

وقد يثبت الإقرار القاطع للتقادم بسند مؤيد (acte récognitif)، وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق تدوينه فى محرر يسمى بالسند الأصلى (acte primordial). وقد سبق بحث السند المؤيد عند الكلام فى الإثبات (٢) . وقدمنا هناك أن السند المؤيد يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم، ومن الناحية العملية لتهيئة دليل للإثبات عند فقد السند الأصلى إذا كان هذا معرضاً للضياع . ويغلب أن يكون ذلك فى الديون الطويلة الآجال وفى الإيرادات المؤبدة بحيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلى ، فيقطع التقادم ويجدد الدليل (٣) .

المطلب الثانى

الأثر الذى يترتب على انقطاع التقــادم

٦٣٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول » .

« ٢ — على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين ، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية

---

(١) لوران ٣٢ فقرة ١٣٠ وما بعدها — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ — بودرى تيسييه فقرة ٥٣٨ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ١٢٩ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٥ .

متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٩/٨١ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٢ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٣٤٩ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٥٩ (٣) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه إذا انقطع التقادم ، زال أثره ، وأصبحت المدة التى انقضت قبل انقطاعه كأن لم تكن ، فلا يعتد بها فى حساب

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٢٢ من المشروع التمهيدى على نحو مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يشتمل على عبارة « وانقطع تقادمه بإقرار المدين » بعد عبارة « إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة » الواردة فى الفقرة الثانية . وفى لجنة المراجعة أدخل « قيد واجب على الديون التى تتقادم بسنة واحدة ، فهذه إذا انقطع التقادم فيها بإقرار المدين انتفت علة التقادم بسنة واحدة ، لأن الإقرار يهدم قرينة الوفاء ، أما إذا انقطع التقادم بالمطالبة القضائية فإن مدة التقادم الجديدة تبقى سنة واحدة ، لأن قرينة الوفاء لا تزال قائمة » . وأصبحت المادة رقمها ٣٩٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٣٧ — ص٣٣٩).

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٠٩/٨١ : إذا انقطع التوالى فى وضع اليد ، فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه . (ويلاحظ أن هذا الأثر لانقطاع التقادم الوارد فى التقادم المكسب ينطبق أيضاً على التقادم المسقط : م ٢٦٩/٢٠٥ — والحكم واحد فى التقنينين الجديد والسابق ، إلا أن التقنين الجديد أكثر ضبطاً للأحكام ، فقد حدد مبدأ سريان التقادم الجديد ومتى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع ، وقد كان هذا معمولا به فى عهد التقنين السابق دون نص) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٨٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٧٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٣٩ : ١ — إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى . ٢ — على إنه إذا حكم بالدين ، وحاز الحكم درجة البتات ، أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت بإقرار المدين ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة . (والحكم واحد فى التقنينين المصرى والعراقى . وما ورد فى التقنين المصرى من جعل الدين المحكوم به ، فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم ، يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة ، ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ به فى العراق) .

—

التقادم الجديد الذى يلى التقادم المنقطع . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفى هذا يختلف انقطاع التقادم عن وقف التقادم ، فقد قدمنا فى وقف التقادم أن المدة التى سبقت الوقف تبقى ويعتد بها وتحسب فى مدة التقادم عند ما يعود إلى السريان بعد زوال سبب الوقف .

ثم إنه إذا زال التقادم المنقطع ،حل محله تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع (١). والأصل أن يكون هذا التقادم الجديد، فى مدته وفى طبيعته ، مماثلا للتقادم الأول الذى انقطع ، فيما عدا حالات استثنائية نص عليها القانون . ولا يمتد أثر الانقطاع فى الأصل إلا إلى الدائن الذى قطع التقادم ، وقد يمتد إلى غيره استثناء . ولا يتناول فى الأصل إلا الالتزام الذى انقطع فيه التقادم ، وقد يتناول غيره استثناء أيضاً .

فنبحث إذن المسائل الآتية : (١) مبدأ سريان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع . (٢) متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع . (٣) متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم . (٤) متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم .

٦٣٧ — مبدأ سريان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع : قدمنا أن تقادماً جديداً يحل محل التقادم الذى انقطع . ومبدأ سريان هذا التقادم

— تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٥٩ : إذا انقطع حكم مرور الزمن على وجه قانونى، فالوقت الذى تصرم قبل وقوع الفعل الذى قطعه لا يدخل فى حساب المدة اللازمة لمرور الزمن . وهذه المدة ، الباقية على حالها ، تعود فتسرى مبدئياً منذ توقف العمل القاطع لمرور الزمن عن انتاج مفاعيله . وإذا جرى الاعتراف بالدين فى صك أو أثبت هذا الدين بحكم ، فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات .

(وحكم التقنين اللبنانى متفق مع حكم التقنين المصرى ، فيما عدا أن الاعتراف المكتوب بالدين فى التقنين اللبنانى يحول مدة التقادم الجديد إلى عشر سنوات — وهى المعادلة لمدة الخمس عشرة سنة فى التقنين المصرى — دون تمييز بين دين ودين . أما فى التقنين المصرى، فهذا مقصور على الديون التى تتقادم بسنة واحدة وعلى ديون أصحاب المهن الحرة التى تتقادم بخمس سنوات) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لا يقتصر أثر انقطاع التقادم على الحيلولة دون سريان المدة ، بل يجاوز ذلك إلى محو ما انقضى من هذه المدة قبل تحقق سببه ، وهذا هو ما يفرقه عن الوقف ، فإذا كف الإجراء القاطع عن ترتيب أثره ، بدأ سريان تقادم جديد من هذا الوقت » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٨) .

الجديد يختلف باختلاف السبب الذى قطع التقادم السابق .

فان كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو المطالبة القضائية ، بقى أثر الانقطاع قائماً ما دامت الدعوى قائمة (١) . فان انتهت بحكم نهائى يقضى للدائن

---

(١) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٩ — ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٩ — ٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٨٨ — ١٧ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٦ — ١٣ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٢٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة ، مع تسليمها برفع الدعوى التى لم تقيد ، لم تفرق بين التقادم المسقط للحق نفسه والتقادم المسقط للدعوى (أى المسقط للمطالبة القضائية) المرفوعة بشأنه ، فاعتبرت أن قطع التقادم الخمسى الذى ينشأ عن رفع الدعوى لا يستمر إلا لمدة التقادم المسقط للحق ذاته ، فإنها تكون قد أخطأت . إذ أن لكل من تقادم الحق وتقادم الدعوى حكماً خاصاً . فالتقادم الخمسى ينقطع برفع الدعوى، ويظل هذا الانقطاع مستمراً ، ما دام سببه قائماً . وإذا كان سبب الانقطاع هو الدعوى ، فيبقى التقادم منقطعاً إلى أن تسقط هى بالتقادم المسقط لها ومدته ١٥ سنة طبقاً لحكم المادة ٨٢ من القانون المدنى (السابق ، وفى تقنين المرافعات الجديد المدة خمس سنوات فقط) . وما دامت هذه المدة لم تنقض ، فيبق أثر الانقطاع قائماً . فإذا تحركت الدعوى فى أثنائها ، فيكون تحريكها صحيحاً لعدم سقوط الحق المرفوعة به (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٢ ص ٤٦٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا صدر حكم بالدين ، ثم رفع المحكوم له دعوى نزع ملكية ضد المدين ، وطلب الدائن بعد صدور الحكم بنزع الملكية تعيين يوم للبيع ، فعين لذلك يوم ، وأجل البيع عدة مرات للنشر ، ثم استبعدت القضية من الرول لعدم دفع مصاريف النشر ، وظلت مستبعدة حتى طلب الدائن تعيين يوم للبيع فعين ، ولما لم يحصل نشر قررت المحكمة رفع الدعوى عملا بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٣٧ الخاص بحماية الثروة العقارية ، فإن طلب الدائن تعيين جلسة للبيع ، وتعيين القاضى جلسة بناء على هذا الطلب ، وتداول الدعوى فى الجلسات إلى أن استبعدت من الرول ، ثم طلب الدائن تعيين جلسة للبيع بعد ذلك ، وتأشير القاضى على الطلب بإحالة الدعوى لنظرها أمام قاضى البيوع بالمحكمة التى نقل الاختصاص إليها ، ثم عرض هذا الطلب على قاضى البيوع بالمحكمة المختصة وتعيين جلسة بناء على هذا الطلب ، ثم طلب الدائن تعيين يوم للبيع بعد وقف الدعوى عملا بقانون حماية الثروة العقارية — كل أولئك لا شك فى أنه من إجراءات دعوى نزع الملكية التى يترتب على حصولها قيام الدعوى ومنع سقوطها بالتقادم ، ما دام لم يمض بين أى إجراء منها والذى يليه ولا على آخر إجراء المدة المسقطة للدعوى (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٧ ص ٥٨٢) . وقضت كذلك بأنه إذ كان يترتب على إعلان صحيفة الدعوى بطلب الفوائد انقطاع التقادم بالنسبة إليها ، فإن أثر هذا الانقطاع يمتد إلى أن يصدر الحكم النهائى فى الدعوى . وينبنى على ذلك أن مضى المدة من تاريخ صدور الحكم الابتدائى حتى تاريخ استئنافه ، —

بطلباته ، بدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم . وسنرى أن مدة هذا التقادم الجديد تكون دائماً خمس عشرة سنة ، ولو كان التقادم السابق مدته أقصر من ذلك . أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات الدائن ، أو ترك الدائن الخصومة ، أو حكم بسقوطها بعد سنة ، أو انقضت بمضى خمس سنوات ، فقد قدمنا أن ذلك يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومنها قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية ، فلا يكون هناك محل للكلام فى تقادم جديد يحل محله ويسرى من وقت معين (١) . وقد تنتهى الدعوى ، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة ، بحكم نهائى بعدم الاختصاص . وفى هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم ، فقد قدمنا أن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة (٢)، ولا يسرى التقادم الجديد إلا من وقت صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص (٣) .

وإن كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو التنبيه ، فان التقادم الجديد يسرى فوراً عقب التنبيه ، ويبقى سارياً إلى أن يقطعه الحجز الذى يلى التنبيه .

والحجز ، إذا كان هو السبب فى قطع التقادم السابق ، يدوم أثره فى قطع التقادم ما دامت إجراءاته متعاقبة على النحو الذى قرره القانون ، حتى يصل إلى التقسيم أو إلى التوزيع . فاذا أقفل التقسيم أو التوزيع ، بدأ سريان التقادم الجديد من هذا الوقت .

= مهما طال ما دام باب الاستئناف ما زال مفتوحاً ، لا يترتب عليه سقوط الحق فى استئنافه ، كما أن الحق فى الفوائد يبقى محفوظاً بحكم انقطاع المدة بعريضة الدعوى الابتدائية . وإذن فالحكم الذى يقضى برفض الدفع بسقوط حق الاستئناف بالنسبة إلى الفوائد التى لم يقض بها الحكم الابتدائى استناداً إلى أنه ما دام باب الاستئناف مفتوحا فتعتبر الدعوى المستأنف حكمها بجميع طلباتها قائمة فلا تسرى أثناءها المدة المقررة لسقوط الحق المطالب به بخمس سنوات ، إذ القاعدة العامة أن طلب الحضور أمام القضاء يحفظ حقوق المدعى بأن يقطع سريان مدة التقادم فيستبدل بالمدة التى كانت سارية من قبل المدة الطويلة المقررة فى سقوط جميع الحقوق - هذا الحكم صحيح فى القانون ولا غبار عليه (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩ ص ٤٨) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٢٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٢٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٣ .

وإذا كان سبب انقطاع التقادم السابق هو التقدم فى تفليس أو فى توزيع ، بقى أثر الانقطاع قائماً إلى أن تقفل التفليسة أو التوزيع ، وعند ذلك يبدأ سريان التقادم الجديد .

وكذلك الحال فى كل عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى ، فمتى انتهى الأثر المترتب على هذا العمل ، بدأ سريان التقادم الجديد . فدعوى المدعى عليه مثلا يبقى أثرها فى قطع التقادم قائماً إلى أن تنتهى الدعوى بحكم بالقبول أو بالرفض ، أو إلى أن تنقضى الخصومة بالترك أو بالسقوط ، على النحو الذى قدمناه فى دعوى المدعى . والتدخل كذلك يبقى أثره قائماً فى قطع التقادم ، إلى أن ينتهى هذا التدخل (١) .

وإذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار المدين بحق الدائن ، بدأ سريان التقادم الجديد فوراً عقب هذا الإقرار . هذا إلا إذا كان الإقرار مستخلصاً من حالة مستمرة ، كما إذا كان فى يد الدائن على سبيل الرهن الحيازى عين مملوكة للمدين ، فقد قدمنا أن التقادم يبقى منقطعاً ما دامت العين المرهونة فى يد الدائن ، ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا عند خروج العين من يده (٢) .

٦٣٨ — متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم القديم : والأصل ، كما قدمنا ، أن التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم الذى انقطع يكون مماثلا لهذا التقادم السابق فى مدته وفى طبيعته (٣) . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان ، يختلف فيهما التقادم الجديد عن التقادم السابق :

(الحالة الأولى) إذا انتهى السبب الذى قطع التقادم السابق بحكم حاز قوة

---

(١) فينقطع التقادم ، ويبقى منقطعا طوال الوقت الذى يدوم فيه أثر السبب فى انقطاعه . ويبدو عند ذلك أن التقادم قد انقطع ثم أعقب انقطاعه وقف لسريانه . والصحيح أن التقادم قد انقطع ، وبقى منقطعا إلى أن زال أثر السبب فى انقطاعه . وواضح أن بقاءه منقطعا شىء ، ووقف سريانه شىء آخر (بودرى وتيسييه فقرة ٥٤٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٣٤ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مدة التقادم تبقى كما كانت عندما تعود إلى السريان بعد أن انقطعت عن طريق التنبيه (١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٦) .

الأمر المقضى فى بحكم نهائى . فى هذه الحالة ، أياً كانت مدة التقادم السابق ، تكون مدة التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى خمس عشرة سنة كاملة ، ولو كانت مدة التقادم السابق أقصر كأن كانت خمس سنوات أو ثلاثاً أو سنة واحدة (م ٢/٣٨٥ مدنى) . ذلك أن الحكم النهائى يقوى الالتزام ، ويمده بسبب جديد للبقاء ، فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة من وقت صدور الحكم (١) . فاذا كان هذا الالتزام مما كان تقادمه السابق يقوم على قرينة الوفاء ، كحقوق أصحاب المهن الحرة والتجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فأن هذه القرينة تزول نهائياً بصدور الحكم مثبتاً الدين فى ذمة المدين . فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، وهى مدة التقادم فى الأصل ، وذلك بعد أن انتفت قرينة الوفاء التى تأسست عليها المدة القصيرة فى التقادم السابق . وحتى لو كان الالتزام دورياً متجدداً ، وصدر حكم نهائى به ، فان هذا الالتزام تزول عنه صفتا الدورية والتجدد ، فتكون مدة تقادمه هى المدة العادية وهى خمس عشرة سنة (٢) . وقد يتضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتا الدورية والتجدد ، كما إذا قضى للمؤجر بالمستحق من الأجرة وما يستجد منها منذ صدور الحكم إلى يوم التنفيذ . فان الالتزام بالمستحق من الأجرة قد فقد صفتى الدورية والتجدد ، لأنه مستحق يوم صدور الحكم ، فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . أما الالتزام بما يستجد من الأجرة إلى يوم

---

(١) وإدراج الدائن فى قائمة التوزيع وصيرورة هذه القائمة نهائية يكون بمثابة الحكم النهائى بالدين ، فيسرى بالنسبة إلى هذا الدين تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٨ سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٥) .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٨ — ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٤ .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه وإن كان الحكم القاضى بالدين لا يصلح لأن يكون أساساً لنزع الملكية ، لإغفاله النص فى منطوقه على مقدار الدين ، إلا أنه يترتب عليه بالرغم من ذلك تغيير سبب الدين ، فتصبح المدة اللازمة لسقوط الحق هى مدة خمس عشرة سنة ، ولو كان من الممكن قبل صدور الحكم التمسك بسقوط الدين بمضى خمس سنوات إذا كان موضوعة مثلا ريع حكر (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤ ص ٥) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مدة التقادم خمس عشرة سنة بعد صدور حكم نهائى ، مهما كانت مدة التقادم للدين الأصلى (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٩ ص ٦٠ — ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٩ ص ٥٢٦) .

التنفيذ ، فيبقى محتفظاً لصفتى الدورية والتجدد بالرغم من صدور حكم به ، لأنه غير مستحق يوم صدور الحكم ، بل هو يستحق على أقساط دورية متجددة ، فيتقادم كل قسط منها بخمس سنوات تسرى من الوقت الذى يحل فيه هذا القسط (١) .

(الحالة الثانية) هى ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى ، إذ تقول : « على أنه ... إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين ، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة » . ونحن نعلم أن الديون التى تتقادم بسنة واحدة هى حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء (٣٧٨ مدنى) . فهذه الحقوق إذا صدر بها حكم ، فالحكم لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة كما سبق القول . ثم إذا انقطع التقادم فيها عن طريق إقرار المدين بها ، فقد انتفت قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقادم الحولى ، كما انتفت فى حالة الحكم بهذه الحقوق ، فيكون التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع بالإقرار مدته خمس عشرة سنة (٢) ، كمدة التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع بالحكم . ولكن إذا انقطع التقادم فى هذه الحقوق بغير

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويستبدل التقادم بالقضاء خمس عشرة سنة بالتقادم الخمسى كذلك إذا صدر حكم بالدين الدورى المتجدد حاز قوة الشىء المحكوم فيه . ذلك أن الدين يتحدد نهائياً بصدور هذا الحكم ، وتزول عنه صفة الحلول الدورى ، فيسقط بانقضاء المدة العادية . فإذا تضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتها الدورية ، أى التزامات تصبح مستحقة الأداء فى المستقبل - كالحكم بما يستحق فى المستقبل من الإيجار - ظلت هذه الالتزامات خاضعة للتقادم الخمسى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٨) .

(٢) انظر فى أن تحول مدة التقادم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة يقوم فى القضاء الفرنسى على فكرة التجديد novation ، وفى انتقاد ذلك : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص ٧٨٢ - ص ٧٨٣ .

وغنى عن البيان أن الدين إذا جدد ، فأياً كانت مدة تقادم الدين القديم ، تكون مدة تقادم الدين الجديد مستقلة عنها ، وتكون عادة خمس عشرة سنة تسرى من وقت التجديد ، أى من وقت نشوء الدين الجديد . وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى انقطاع التقادم أنه لا يغير مقدار المدة التى حددها القانون لزوال الالتزام ، ما لم يرد نص على غير ذلك أو يصدر حكم بالدين أو يحصل تجديده . فإذا انقطع التقادم بإقرار المدين ، يكون الحكم فى تبديل المدة بسبب الإقرار منوطاً بما يستخلصه قاضى الموضوع من واقع الدعوى عن المقصود بإثبات الالتزام فى سند جديد ، هل هو من قبيل تجديد الدين أم لا . فإذا تبين له ما ينفى نية التجديد ، وأقام قضاءه على أسباب مستساغة ، فلا معقب عليه فيه . وكذلك إذا ما ادعى الدائن تجديد الدين بدخوله فى حساب جار بينه وبين =

الحكم وبغير إقرار المدين ، كأن ينقطع بالتنبيه أو بالحجز أو بالمطالبة القضائية التى تنتهى إلى حكم بعدم الاختصاص مثلا أو بالتقدم فى تفليس أو توزيع ، فان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم السابق يكون مماثلا له فى مدته وطبيعته (١) ، فتكون مدة التقادم الجديد سنة واحدة ، ويقوم هذا التقادم الجديد على قرينة الوفاء (٢) .

= مدينه ، فإن المعول فى هذا أيضاً يكون على ما يحصله قاضى الموضوع من الوقائع المطروحة عليه من وجود الحساب الجارى أو عدمه (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٨ ص ٦٨٩) .

فإذا انقطع التقادم دون أن ينطوى انقطاعه على تجديد ، ودون أن يكون الانقطاع عن طريق الحكم النهائى أو عن طريق الإقرار بالديون التى تتقادم بسنة واحدة ، فإن الانقطاع ، ولو جاء عن طريق الإقرار ، لا يغاير ما بين مدة التقادم الجديد والتقادم السابق (استئناف وطنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٧ ص ١٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ — وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص ٧٨٢ هامش رقم ٢ .

(٢) وقد ورد تحول مدة التقادم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة فى مكان آخر فى حالة خاصة من حالات إقرار المدين بالدين ، هى حالة تحرير سند بالدين . فقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى بأنه إذا حرر سند بحق من الحقوق المتقدمة الذكر — وهى حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء التى تتقادم بسنة واحدة — فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وقد مر بيان ذلك . وهذا النص يؤكد الحكم العام فى صورة خاصة من صوره ، فتتحول السنة إلى خمس عشرة سنة إذا أقر المدين بالحق بوجه عام ، وبخاصة إذا أقر به عن طريق تحرير سند .

والفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى تشمل أيضاً حقوق أصحاب المهن الحرة — الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين — فتحول مدة التقادم فى هذه الحقوق من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر المدين سنداً بها . فلا يكفى هنا مجرد الإقرار ، بل يجب أن يكون الإقرار فى صورة سند مكتوب . فإذا أقر المدين بالدين شفوياً ، أو كان الإقرار إقراراً ضمنياً ، فانقطع التقادم ، لم تتغير مدة التقادم الجديد ، بل تبقى كمدة التقادم السابق خمس سنوات . وكان الواجب أن تشير الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى إلى هذه الحقوق التى تتحول مدة التقادم فيها من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر بها سند مكتوب ، كما أشارت إلى الحقوق الأخرى التى تتحول مدة التقادم فيها إلى خمس عشرة لصدور حكم بها أو صدور إقرار من المدين . والسبب فى عدم الإشارة إليها أنها كانت فى المشروع التمهيدى تتقادم بسنة واحدة ، فكانت تندمج فى الحقوق التى تتحول مدة التقادم فيها من سنة واحدة إلى خمس عشرة سنة لصدور إقرار بها من المدين ، فلم تكن فى حاجة إلى إشارة خاصة . ولما عدلت =

٦٣٩ — متى يمتد أثر الانقطاع الى غير الدائن الذى قطع التقادم :

الأصل أن انقطاع التقادم وسريان تقادم جديد على النحو الذى بيناه فيما تقدم لا يتعدى أثره الدائن الذى قطع التقادم (١) . فاذا كان الدين لعدة من الورثة ، وتجزأ عليهم ، وقطع أحدهم التقادم ضد المدين ، لم ينقطع التقادم لمصلحة الورثة الآخرين ، بل يقتصر أثر القطع على الوارث الذى قطع التقادم (٢). كذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكفيل ، لم ينقطع التقادم ضد المدين الأصلى (٣) . وإذا قطع التقادم ضد المدين الأصلى ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل (٤) . وإذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فان التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى باقى المدينين المتضامنين ، وقد نصت الفقرة

= مدة التقادم فيها فارتفعت إلى خمس سنوات ، لم يلاحظ إدخال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل مقابل فى نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأثر المترتب على رفع الدعوى من جهة قطع التقادم لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه . وإذا أحال الدائن أجنبياً بدينه ، فرفع هذا الأجنبى الدعوى بالدين أمام المحكمة المختلطة ، فقضت بعدم اختصاصها على أساس أن التحويل صورى ، فاستأنف الحكم ، ثم تنازل عن الاستئناف وطلب شطب الدعوى ، فحكمت بالشطب ، ثم رفع الدائن الأصلى الدعوى بدينه أمام المحكمة الأهلية ، فدفع المدين بسقوط الحق فى المطالبة بمضى المدة ، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة لا يمكن أن يتعدى أثره رافعها الأجنبى ، فيقطع التقادم بالنسبة إلى غيره (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) .

(٢) كذلك إذا تقادم الدين الذى لأحد الورثة ، لم يستتبع ذلك أن يتقادم الدين الذى للوارث الآخر . وقد نصت المادة ٤٣٦ من التقنين المدنى العراقى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم ، من غير عذر ، المدة المقررة ، وكان لباقى الورثة عذر شرعى ، تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين » . ويخلص من ذلك أيضاً أن وقف سريان التقادم بالنسبة إلى حصص بعض الورثة لا يقفه بالنسبة إلى حصص الآخرين .

(٣) ويترتب على ذلك أن التقادم قد لا يكتمل بالنسبة إلى الكفيل بسبب انقطاعه ، ويكتمل التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلى إذ هو لم ينقطع بانقطاع التقادم ضد الكفيل . فمند ذلك يسقط دين المدين الأصلى بالتقادم ، ويسقط تبعاً له التزام الكفيل بالرغم من عدم تقادمه ، إذ هو التزام تبعى يسقط بسقوط الالتزام الأصلى (بودرى وتيسييه فقرة ٥٦٦) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا يغير مدة التقادم بالنسبة إلى الكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩) . انظر عكس ذلك المادة ٢٢٥٠ من التقنين المدنى الفرنسى ، وينتقد الفقه الفرنسى ما ورد فى هذا النص (بودرى وتيسييه فقرة ٥٩٥) .

الثانية من المادة ٢٩٢ مدنى صراحة على هذا الحكم ، فقالت : « وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين (١) » .

ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الدائنين المتضامنين ، قد قطع التقادم ضد المدين ، فان هـذا يفيد باقى االدائنين المتضامنين ، وينقطع التقادم لمصلحتهم هم أيضاً ضد المدين (٢) .

٦٤٠ — متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم : والأصل أيضاً أن انقطاع التقـادم لا يتناول إلا الحق الذى قطع فيه التقادم ، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق (٣) . فاذا كان للدائن

---

(١) أما اذا قطع للدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عـدم تجزئة المحل تقتضى حتماً أن ينقطع التقادم بالنسبة إلى باقى المدينين (انظر آنفاً فقرة ٢١٨) .

(٢) انظر المادة ٢/٢٨٢ مدنى عن طريق الاستنتاج العكسى ، وانظر آنفاً فقرة ١٤٤ — وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى بودرى وتيسيه فقرة ٥٦١ — كذلك إذا قطع التقادم أحد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام ، انتفع بذلك سائر الدائنين ، كما فى التضامن ، لأن طبيعة عدم التجزئة تقتضى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٢٦) .

وإدخال المدعى عليه لضامن فى الدعوى يقطع التقادم ، لا لمصلحة المدعى عليه فحسب ، بل أيضاً لمصلحة المدعى فى رجوعه بالضمان على الضامن (لوران ٣٢ فقرة ١٥٦ — جيلوار فقرة ٢٧٤ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٥ — بودرى وتيسيه فقرة ٥٦٩) .

وقد قضى قانون ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ فى فرنسا بانه إذا أصدرت هيئة عامة أو خاصة سندات بقروض ، وقطع أحد حاملى هذه السندات تقادم الفوائد ، انقطع التقادم أيضاً لمصلحة الباقى من حاملى السندات .

(٣) والتابع يلحق الأصل فى قطع التقادم ، والجزء يلحق الكل . فإذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الدين ، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الفوائد . كذلك إذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الدين . والمطالبة القضائية بجزء من دين حل بأكمله يقطع التقادم بالنسبة إلى الدين كله ، ويقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى فوائد هذا الدين (بودرى وتيسيه فقرة ٥٧٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة التقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه ، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه . فإن تغاير الحقان أو تغير مصدرهما، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة =

دينان فى ذمة المدين ، وقطع التقادم بالنسبة إلى أحد الدينين ، فان التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الدين الآخر (١) . وفى الاشتراط لمصلحة الغير ، إذا قطع المنتفع التقادم بالنسبة إلى حقه فى ذمة المتعهد ، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى حق المشترط فى ذمة المتعهد (٢) . وفى العلاقة ما بين الوصى والصغير عندما يبلغ سن الرشد ، إذا طعن الثانى بالبطلان فى المخالصة التى صدرت منه للوصى فقطع التقادم بالنسبة إلى هذه المخالصة ، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى بتقديم حساب عن مدة الوصاية (٣) .

ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان حق واحد ينشىء دعويين مختلفتين ضد مدين واحد ، فان قطع التقادم فى إحدى الدعويين يقطع التقادم فى الدعوى الأخرى (٤) . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٨ مدنى من أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى المبيع مع إنقاص الثمن » . فهاتان دعويان نشأتا من سبب واحد هو نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فاذا قطع المشترى التقادم بالنسبة إلى دعوى الفسخ ، انقطع التقادم تبعاً لذلك بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن ، أو قطعه بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن فقد انقطع بالنسبة إلى دعوى الفسخ (٥) . كذلك إذا رفعت

= إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن انقطاع التقادم بالنسبة إلى الدين يسرى أيضاً بالنسبة إلى الفوائد وبالعكس ، لأن الفوائد فرع عن الدين ، والفرع يتبع الأصل حكماً . فإذا سقط الحق فى المطالبة بالدين ، لا يسوغ منطقياً المطالبة بفوائده . كما أنه إذا ظل قائماً ، يستحق عليه الفوائد القانونية ، إلا إذا سقط الحق فى المطالبة بها استقلالا بعد مضى خمس سنوات (٢ يناير سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١) . وقارب أيضاً استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧ .

(١) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٥٧٣ ص ٤٢٥ .

(٣) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٨٥٠ داللوز ٥٠ — ١ — ١٥١ — لوران ٣٢ فقرة ٨٨ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ — بودرى وتيسيه فقرة ٥٧٤ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٥٧٤ د .

(٥) انظر كذلك فى أن وحدة السبب مع تـ[illegible] الدعاوى تجعل للحكم بالرفض فى إحدى هذه الدعاوى حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى باقى الدعاوى : الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٧٨ .

دعوى بصحة عقد زمني ينشيء التزامات متعاقبة ، فان رفع الدعوى يقطع التقادم بالنسبة إلى الالتزامات التي نشأت قبل رفع الدعوى ، وكذلك بالنسبة إلى الالتزامات التي لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى (١) .

الفرع الثاني

كيف يجب إعمال التقادم وما هي الآثار التي تترتب عليه

المبحث الأول

كيف يجب إعمال التقادم

٦٤١ — وجوب التمسك بالتقادم وجواز النزول عنه بعد اكتماله : إذا اكتملت مدة التقادم ، بعد مراعاة أسباب الوقف والانقطاع على النحو الذي تقدم ذكره ، فان الالتزام مع ذلك لا يسقط بالتقادم من تلقاء نفسه ، بل لا بد للمدين من أن يتمسك بالتقادم لسقوط الالتزام . بل إنه يجوز للمدين ، بعد تكامل مدة التقادم ، ألا يتمسك به وأن ينزل عنه ، فيبقى الالتزام قائماً ولا يسقط بالتقادم .

فنبحث إذن مسألتين : (١) وجوب التمسك بالتقادم أو الدفع بالتقادم (٢) النزول عن التقادم .

---

(١) نقض فرنسي ٢٩ يونيه سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ — ٤٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٢ ص ٦٨٨ — ص ٧٨٩ و ص ٧٨٩ هامش رقم ١ .

المطلب الأول

وجوب التمسك بالتقادم

(الدفع بالتقادم)

٦٤٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين » .

« ٢ - ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٠٤/٢٦٨ و ٢٠٦/٢٧٠ (٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بذلك أن يتنازل عنه » . وفى لجنة المراجعة عدلت هذه العبارة الأخيرة على الوجه الآتى : « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه به من قبل أن يتنازل عنه » ، وأصبحت المادة رقمها ٤٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة المشار إليها ، لأن حكمها يستفاد من القواعد العامة ، وترك الأمر للقواعد العامة فى التنازل عن الحقوق وكيفية قيام الدليل عليه ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - ص ٣٤٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٠٤/٢٦٨ : مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه إذا تمسك بذلك .

م ٢٠٦/٢٧٠ : إذا كان لمدين واحد عدة دائنين ، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٤ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٤ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٤٢ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٤٥ و ٣٤٧ (١) .

ويخلص من هذا النص ما يأتى : (١) لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل لا بد من التمسك به . (٢) ويتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة . (٣) ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى .

§ ١ - لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به

٦٤٣ - لا بد من التمسك بالتقادم : التقادم يسقط الدين بحكم القانون كالمقاصة ، فليس للقاضى سلطة تقديرية فى أن يحكم بسقوط الدين بالتقادم

= دين أحدهم ، فلباقى الدائنين أن يتمسكوا بمضى تلك المدة ، ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليساً منه وإضراراً بحقوقهم .

(والأحكام متفقة فى التقنينين السابق والجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٨٤ (مطابقة للمادة ٣٨٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٧٤ (مطابقة للمادة ٣٨٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٤٢ : ١ - لا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب دائنيه أو أى شخص آخر له مصلحة فى هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين . ٢ - ويجوز التمسك بالدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية ، إلا إذا تبين من الظروف أن المدعى قد تنازل عن الدفع .

(والأحكام متفقة فى التقنينين العراقى والمصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٤٥ : لا يجرى حكم مرور الزمن حتماً ، بل يجب أن يدلى به من تم فى مصلحته . ويمكنه الإدلاء به فى جميع أطوار المحاكمة ، حتى فى الاستئناف للمرة الأولى . ولا يجوز للقاضى أن يطبق من تلقاء نفسه أحكام مرور الزمن .

م ٣٤٧ : يحق لكل مديون متضامن وللكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن ، كما يحق لدائن آخر للمديون أن يدلى به على الطريقة غير المباشرة . (والأحكام متفقة فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

أو لا يحكم . ولكنه ، كما فى المقاصة أيضاً ، لا يستطيع أن يحكم من تلقاء نفسه بسقوط الدين بالتقادم ؛ بل يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بذلك (١) . فاذا ما تمسك ذو المصلحة (٢) ، وجب على القاضى أن يحكم بتقادم الدين (٣) .

وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته فى أن يجرى التقادم ، كما يعلن ذو المصلحة إرادته فى أن يجرى المقاصة فى القوانين الجرمانية ، بل إن التقادم يقع من غير هذا الإعلان كما تقع المقاصة فى القوانين اللاتينية والقانون المصرى . وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعاً (exception) يدفع به المدين دعوى الدائن ، وهو كالدفع بحجية الأمر المقضى (٤) لا يعتبر من النظام العام ، فلا يستطيع القاضى أن يأخذ به من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به المدين (٥) كما قدمنا .

ويخلص من ذلك أمران . (أولا) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً (acte juridique) قائماً على إرادة المدين المنفردة (volonté unilatérale du débiteur) كما هو الأمر فى التمسك بالمقاصة فى القوانين الجرمانية ، بل هو دفع يدفع

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يونية سنه ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٣ .

(٢) وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص ، فأية عبارة تدل بوضوح على أن المدين يتمسك بالتقادم تكفى . وإذا تمسك المدين بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقضت له بذلك ، فبحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم ، فلا يكفى فى محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف ، بل لابد له من التمسك بالتقادم من جديد (انظر فى كل ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٤٢ – فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥) .

ولا يكفى أن يتمسك المدين بالتقادم فى مرافعته الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية ، ولا يعتبر ما كان عاماً من طلباته الختامية – كالتقدم إلى المحكمة فى أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفوع – تمسكاً بالتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٤٤) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٤٥ .

(٥) ويجب أن يقع التمسك بالتقادم أمام القضاء ، فلا يكفى التمسك به أثناء محاولات الصلح . فالمدعى عليه الذى تمسك بالتقادم الخمسى خلال محاولات التوفيق ، ثم تغيب أمام محكمة أول درجة ، لا يستطيع أن يحتج بأن المحكمة كان واجباً عليها القضاء بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧١) .

به المدين مطالبة الدائن كما هو الأمر فى التمسك بالمقاصة فى القوانين اللاتينية والقانون المصرى . (ثانياً) وهذا الدفع لا يثيره القاضى من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك به ذو المصلحة ، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة . فهو من هذه الناحية كالدفع بالمقاصة والدفع بحجية الأمر المقضى (١) .

٦٤٤ — **الأسباب التى تدعو الى وجوب التمسك بالتقادم** : وقد أوجب القانون على ذى المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية :

(١) ليس سقوط الدين بالتقادم من النظام للعام كما قدمنا ، فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة، إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة المدين الخاصة (٢) . فالمدين وشأنه ، إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك ، و إن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله .

(٢) هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالا وثيقاً بضمير المدين . فان كان المدين مطمئناً إلى أن ذمته غير مشغولة بالدين، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات براءة ذمته بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين ، وتحرج من التلوذ بالتقادم ، فقد فتح له القانون الباب للنزول عنه عن طريق عدم التمسك به (٣) .

(٣) يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضى أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات . فلا بد من أن يثيره الخصوم ويكون محلا لمناقشاتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه (٤) .

---

(١) وهناك تمييز قديم ، فى أسباب انقضاء الالتزام، بين أسباب حتمية(ipso jure) وأسباب تتوقف على الدفع بها (ope exceptionis) . فالتقادم والمقاصة سببان لانقضاء الالتزام، لاينتجان أثرهما إلا عن طريق الدفع بهما . انظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٥٨ .

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص ٤٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠ .

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص ٤٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠ .

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص ٤٢ .

(٤) ثم إن التقادم لو أسقط الدين دون أن يتمسك به المدين، ثم رأى المدين أن ضميره يدعوه إلى عدم التذرع بالتقادم لأن ذمته مشغولة بالدين ، فأراد النزول عنه ، كان هذا النزول بعد أن سقط الدين بالتقادم بمثابة هبة للدائن أو بمثابة التزام جديد ارتبط به نحوه . وهذا ما لم يقل به أحد ، إذ المدين عند ما ينزل عن التقادم ويوفى الدين، إنما يوفى ديناً واجباً فى ذمته، سواء علم بالتقادم أو لم يعلم . فهو لا يتبرع ، ولا يعقد التزاماً جديداً (١) .

٦٤٥ — هل هناك استثناءات للقاعدة العامة : ويذكر الفقه ، فى بعض الأحيان، للقاعدة التى تقضى بوجوب التمسك بالتقادم بعض استثناءات :

(١) فمن ذلك ما قررته المادة ١٦ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الصادر فى ٣ أغسطس سنة ١٩٤٤ من أنه ، عند تقرير ضريبة التركات ، تعتبر الديون التى على التركة ومضت عليها مدة التقادم قد سقطت دون حاجة إلى الدفع بذلك ، وذلك ما لم يظهر أن التقادم قد انقطع لأى سبب من الأسباب . فيجب إذن ، عند حساب الضريبة المستحقة على التركة ، عدم استنزال هذه الديون التى تقادمت من موجودات التركة ، لأنها ديون اعتبرت منقضية بالتقادم ، وتحسب الضريبة كما لو كانت هـذه الديون غير موجودة . ويدلل الفقه بهذا المثل على أن ديون التركة قد سقطت بالتقادم ، دون حاجة إلى التمسك بهذا الدفع (١) . ولكن يلاحظ أن الورثة ، بالرغم من عدم استنزال الديون المتقادمة من موجودات التركة ، عند حساب الضريبة المستحقة ، يستطيعون ألا يتمسكوا بالتقادم فى مواجهة الدائنين ، إذا دعتهم ضمائرهم إلى ذلك وأيقنوا أن هذه الديون لا تزال فى ذمة مورثهم ، فيدفعوا من التركة حقوق هؤلاء الدائنين . وهم يتحملون ، فى سبيل إراحة ضمائرهم ، ما يضطرون إلى دفعه من زيادة فى الضريبة بسبب هذه الديون . فالدائنون لا تسقط ديونهم إذن إلا إذا تمسك الورثة بالتقادم طبقاً للقاعدة العامة ، فاذا نزل الورثة عن التمسك

---

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى فى فرنسا المادة ٧ من قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٠١ — بودرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١ .

بالتقادم وجب الوفاء بهذه الديون . ومن ثم نرى أن التقادم في هذه الحالة ، إذا وقع دون تمسك به ، فانما يقع لصالح الخزانة لا لصالح المدين . أو قل أن الخزانة هي التي تتمسك بهذا الدفع في حقها عند حساب الضريبة وإن لم تتمسك به الورثة ، أما في حق الدائنين فلا بد من أن يتمسك الورثة بالتقادم . فليس في هذه الحالة إذن خروج عن القاعدة العامة (١) .

(٢) ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ من أنه تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التي أصابها التقادم ، متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التي لم يطالب بها أصحابها ، وكذلك قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان . وهذا الحكم مبني على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزانة الدولة . فقد رأى المشرع أن في استطاعة الشركات والمصارف التمسك بالتقادم في هذه المبالغ فتؤول إليها ، فكان بين أن يتركها تؤول إلى الشركات والمصارف من غير ظهور وجه المصلحة في ذلك ، وبين أن يجعلها غير قابلة للتقادم وفي هذا خروج على القواعد العامة لا مبرر له . فرأى الخير في أن تؤول لخزانة الدولة ، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة (٢) . وليس في هذا الحكم خروج على القاعدة العامة التي تقضي بوجوب التمسك بالتقادم حتى ينتج أثره . فلو أن التقادم هنا قد أنتج أثره دون التمسك به ، لآلت المبالغ إلى الشركات والمصارف بمجرد اكتمال مدة التقادم . ولكن المشرع لم يقبل هذه النتيجة ، بل هو قد عمد إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزانة العامة ، وهذا بحكم نص تشريعي ، لاعتبارات ترجع إلى المصلحة العامة كما قدمنا .

(٣) ومن ذلك أخيراً ما لا يزال محل نقاش في الفقه الفرنسي من أنه إذا تقادمت الديون التي في ذمة القصر والمحجورين والغائبين ، ولم يتمسك ممثلوهم القانونيون بالتقادم ، جاز للنيابة العامة – وهي طرف منضم في الخصومة – أن

---

(١) الأستاذ عبد المنعم البدراوي في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٦٨ .

(٢) وسنرى فيما يلي أن هذا التشريع منتقد (انظر فقرة ٦٧١ فيما يلي) .

تتمسك هي بالتقادم (١) . فان طائفة كبيرة من الفقهاء فى فرنسا لا يجيزون للنيابة العامة ، وهى مجرد طرف منضم ، أن تتمسك بالتقادم (٢) . أما فى مصر فان تقنين المرافعات الجديد (م ١٠٠) أجاز للنيابة العامة أن تتدخل ، كخصم منضم ، أمام محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية فى القضايا الخاصة بالقصر وعديمى الأهلية والغائبين . والنيابة تمنح ، بناء على طلبها ، ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، لتقديم مذكرة باقوالها (م ١٠٣ مرافعات) . والظاهر أن النيابة لا تتدخل كخصم منضم إلا لإبداء رأيها ، فهى ليست بخصم أصيل تبدى طلبات مستقلة أو تضيف إلى الطلبات الأصلية . ومهما يكن من أمر ، فان التقادم ، حتى فى هذه الحالة ، لا بد من التمسك به ، إما من الممثلين القانونيين للقصر والمحجورين ، وإما من النيابة العامة إذا كان هذا الأمر يدخل فى اختصاصها . فاذا لم يتمسك أحد من هؤلاء بالتقادم ، لم يكن للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التى أسلفنا ذكرها (٣) .

٦٤٦ — التمسك بتقادم الدعوى المدنية اذا ارتبطت بالدعوى الجنائية :

وقد ترتبط دعوى التعويض المدنية عن عمل غير مشروع بالدعوى الجنائية عن نفس العمل إذا كان جريمة فى قانون العقوبات . فاذا فرضنا أن الدعوى المدنية نظرت أمام المحكمة الجنائية مع الدعوى الجنائية ، وكانت مدة التقادم قد مضت على الدعويين (٤) ، فمن المسلم أن للقاضى الجنائى أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى الجنائية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المتهم بالتقادم .

---

(١) انظر فى هذا المعنى ديرانتون ٢١ فقره ١٢٥ — كولميه دى سانتير ٨ فقرة ٣٢٠ مكررة – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٩٨ .

(٢) من هؤلاء الفقهاء هيك ١٤ فقرة ٣٢٠ – وجيلوار ١ فقرة ٣٠٢ – وبودرى وتيسييه فقرة ٤٦ – وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١ .

(٣) انظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٦٥ – فقرة ٦٦ .

(٤) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدنى تنص على ما يأتى : « على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط إلا بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية » .

ويذهب الفقه فى فرنسا إلى أن القاضى الجنائى فى هذه الحالة يحكم أيضاً من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية، دون حاجة إلى أن يتمسك المدين بالتقادم، وذلك أسوة بما يفعله فى الدعوى الجنائية (١). فاذا سلمنا فى مصر بهذا الرأى (٢)، كان هذا الحكم استثناء حقيقياً من القاعدة التى تقضى بوجوب التمسك بالتقادم. ذلك أن القاضى هنا قد حكم بتقادم الدعوى المدنية، كما حكم بتقادم الدعوى الجنائية، دون حاجة إلى أن يتمسك المدين أو المتهم بالتقادم (٣).

٦٤٧ — لا يغنى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر:

وفيما عدا هذا الاستثناء الذى أسلفنا ذكره، يجب القول إنه لابد دائماً من التمسك بالتقادم، فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه. بل إن المدين عندما يتمسك بنوع من التقادم، كما إذا تمسك بالتقادم الحولى وتبين أن التقادم المنطبق على الدين هو التقادم الخمسى، لا يغنيه تمسكه بالتقادم الخاطىء عن التمسك بالتقادم

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣ ص ٨٠٠ — ص ٨٠١.

(٢) انظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧٤ ص ٩٢.

(٣) أما إذا رفعت الدعوى المدنية إلى المحاكم المدنية، فانفصلت بذلك عن الدعوى الجنائية، فن الفقهاء فى فرنسا من يقول بوجوب الرجوع إلى القاعدة الأصلية، فلا يجوز للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية، بل لا بد من أن يتمسك المدين بالتقادم (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧٥ وهامش رقم ١١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣). ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك، فيجيز للقاضى أن يحكم بتقادم الدعوى المدنية من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى أن يتمسك المدين بالتقادم (جيلوار ١ فقرة ٣٠ وفقرة ٣١٢ — بورى وتيسييه فقرة ٦٣٢). ونميل إلى الأخذ بالرأى الأول، فهو الذى يتفق مع النص الصريح من وجوب التمسك، ولا شبهة فى وجوب إعمال هذا النص أمام القضاء المدنى. أما ما يخشاه المشرع من محظور: عند قيام الدعويين الجنائية والمدنية عن عمل واحد، من أن تسقط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدنى)، فإن هذا الاحتمال لا يمكن أن يتحقق. ذلك أن المدين فى الدعوى المدنية إما أن يتمسك بالتقادم أمام القضاء المدنى، فيحكم القاضى بسقوط الدعوى المدنية فتسقط هى والدعوى الجنائية معاً، لأن القضاء الجنائى يحكم بسقوط الدعوى الجنائية من تلقاء نفسه. وإما أن المدين لا يتمسك أمام القضاء المدنى بالتقادم، فتبقى الدعوى المدنية مع سقوط الدعوى الجنائية، وهذا غير محظور، والمحظور هو بقاء الدعوى الجنائية مع سقوط الدعوى المدنية.

الصحيح . فلا بد إذن من أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم الصحيح ، فان كان أمام محكمة الاستئناف وأقفل باب المرافعة ، فأنه يكون قد فوت على نفسه فرصة التمسك بالتقادم (١) .

§ ٢ – يتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة

٦٤٨ – تمسك المدين بالتقادم : الأصل أن المدين هو الذى يتمسك بالتقادم ، فهو الذى يريد أن يبرىء ذمته من الدين عند مطالبة الدائن به . ثم إن المدين هو الذى يعلم إن كانت ذمته قد برئت من الدين ، فيقدم وهو مطمئن الضمير على الدفع بالتقادم دون حاجة إلى تحمل العبء فى إثبات براءة الذمة ، أو أن الدين باق فى ذمته فقد لا يطاوعه ضميره أن يدفع بالتقادم (٢) .

وغنى عن البيان أن خلف المدين ، عاماً أو خاصاً ، يستطيع كالمدين أن يتمسك بالتقادم . فوارث المدين ، إذا طولبت تركة المدين بالدين ، له أن يدفع بالتقادم . ويطمئن ضميره إلى هذا الدفع إن كان يعلم أن المورث قد برئت ذمته من الدين دون أن يوجد فى أوراقه ما يدل على براءة الذمة ، أو فى القليل إن كان لا يعلم أن ذمة المورث لا تزال مشغولة بالدين إذ من حقه أن يقدر أن

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٢ : ولا يسلمون حتى بأن التمسك بتقادم الدين يعد تمسكاً بتقادم الفوائد . وقارن بودرى وتيسييه فقرة ٣٤ ص ٤٤ – ص ٤٥ : ويذهبان إلى أن المدين إذا تمسك بتقادم قصير كالتقادم الحولى ، فنى بذلك ملزوميته بدفع دين مضى على استحقاقه سنة واحدة ، فهو لا شك ينفى – ومن باب أولى – ملزوميته بدفع الدين إذا كان قد مضى على استحقاقه مدة أطول . فالتمسك بتقادم قصير يتضمن التمسك بتقادم أطول . ويذهب الأستاذ عبد المنعم البدراوى ، بنفس هذا المنطق ، إلى أن التمسك بالتقادم العادى لا يتضمن التمسك بالتقادم القصير ، ولكن التمسك بالتقادم القصير يتضمن التمسك بالتقادم العادى (أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧٣) .

(٢) ويتمسك المدين بالتقادم لا فى مواجهة الدائن فحسب ، بل أيضاً فى مواجهة أى شخص آخر تكون للمدين مصلحة فى مواجهته بالتقادم . فيجوز له أن يتمسك بالتقادم فى مواجهة شخص وفى عنه الدين دون علمه قبل اكتمال المدة بوقت قصير ، ويريد الرجوع عليه بعد اكتمالها (بودرى وتيسييه فقرة ١٠٥) .

المورث لا بد أن يكون قد وفى الدين فى خلال مدة التقادم . وكذلك المحال عليه بالدين له أن يدفع بالتقادم كما كان المحيل يستطيع أن يفعل ، وقد تقدم بيان ذلك . والمدة التى انقضت على استحقاق الدين وهو فى ذمة السلف تضم إلى المدة التى تنقضى بعد انتقال الدين إلى ذمة الخلف .

٦٤٩ — **التمسك بالتقادم من كل ذى مصلحة** : وإلى جانب المدين وخلفه ، يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم ، كما تنص على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى المتقدمة الذكر .

ومن ذوى المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم :

(١) الكفيل : فاذا كان دين الأصيل قد انقضت عليه مدة التقادم ولم تنقض المدة على دين الكفيل ، بأن يكون الدائن مثلا قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل دون أن يقطعه بالنسبة إلى الأصيل ، فالكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بأن دين الأصيل قد سقط بالتقادم ، فتكون ذمة الأصيل قد برئت من الدين فتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل (١) . وظاهر أن للكفيل هنا مصلحة فى التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به الأصيل ، ومن حقه أن يقدر أن ذمة المدين قد برئت من الدين بعد انقضاء مدة التقادم ، وليس عليه من حرج فى ذلك . فان كان المدين يعلم أن ذمته لم تبرأ من الدين ، فما عليه إلا أن يوفيه ، فتبرأ ذمته وذمة الكفيل جميعاً .

(٢) المدين المتضامن : وله أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين . فاذا فرض أن الدين ثلاثمائة فى ذمة مدينين متضامنين ثلاثة ، وقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى اثنين منهم دون الثالث ، فسقط الدين بالتقادم بالنسبة إلى هذا الثالث دون أن يسقط بالنسبة إلى الاثنين الآخرين ، ورفع الدائن الدعوى على أحد مدينين يطالبه بكل الدين ، كان لهذا المدين أن يدفع بتقادم دين الثالث بقدر حصته وهى مائة ، ولا يدفع للدائن إلا مائتين (م ٢٩٢ مدنى) . وظاهر أن له مصلحة فى أن يدفع بتقادم دين

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣٩ فى الهامش .

المدين الثالث ، إذ أن ذلك يبرىء ذمته نحو الدائن بقدر حصة هذا المدين . فان كان هذا المدين يعلم أن الدين لا يزال فى ذمته ، ويأبى ضميره أن يستسيغ الدفع بالتقادم من جانب المدين الذى رفعت عليه الدعوى ، فما عليه إلا أن يوفى الدائن المائة الباقية له من الدين .

(٣) الحائز للعقار المرهون : وله أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن . فلو فرض أن المدين رهن عقاراً ضماناً للوفاء بدينه ، ثم باع هذا العقار ، ومضت على الدين مدة التقادم ، ومع ذلك رجع الدائن على حائز العقار يطالبه بالدين ، فللحائز أن يدفع الدين بالتقادم . وله مصلحة فى ذلك ، إذ أن هذا يخلصه من مطالبة الدائن . فان كان المدين يعلم أن الدين لا يزال فى ذمته ، وتحرج من أن الحائز دفعه بالتقادم ، فما عليه إلا أن يوفيه للدائن ، فهو المدين الأصلى الذى يجب عليه الوفاء (١) .

٦٥٠ — التمسك بالتقادم من دائنى المدين : وقد يقع أن يكون للمدين دائنان ، ويتقادم دين أحدهما ، فيكون للدائن الآخر الحق فى التمسك بهذا التقادم ، ولو لم يتمسك به المدين . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ قالت : « . . . بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه . . . » . والدائن الذى يتمسك بالتقادم إنما يتمسك به هنا نيابة عن المدين بطريق الدعوى غير المباشرة وفقاً للمادة ٢٣٥ مدنى . ومصلحته فى ذلك ظاهرة ، فانه يستبعد عن طريق الدفع بالتقادم ديناً قد يكون متقدماً على دينه بسبب رهن أو امتياز أو غير ذلك ، أو فى القليل يستبعد ديناً يزاحم دينه . ويجب فى هذه الحالة أن يكون تقدم الدين المتقادم أو مزاحمته من شأنه أن يضر بالدائن الذى يتمسك بالتقادم . فاذا كان مال المدين ألفاً ، وكان الدين المتقادم ثلثمائة ، ودين الدائن الذى يتمسك بالتقادم تسعمائة ، فلو قدرنا أن الدين المتقادم يتقدم على الدين الآخر ، كانت مصلحة الدائن الآخر فى التمسك بالتقادم هى أن يستبعد هذا الدين ، فهو إذا لم

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ — الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٩٩ .

يستبعد لم يخلص للدائن الآخر من الدين الذى له إلا سبعمائة . ولو قدرنا أن الدين المتقادم لا يتقدم على الدين الآخر بل يزاحمه ، لبقيت للدائن الآخر مع ذلك مصلحة فى دفعه بالتقادم ، إذ لو زوحم لما نال من الدين الذى له إلا سبعمائة وخمسين . أما إذا كان مال المدين يسع الدينين جميعاً ، بأن كان ألفاً ومائتين أو أكثر ، لم يكن للدائن الآخر مصلحة فى الدفع بالتقادم ، وترك الأمر للمدين يدفع بالتقادم أو لا يدفع بحسب ما يمليه عليه ضميره .

ولا يعترض على تمسك الدائن الآخر بالتقادم ، نيابة عن المدين ، بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن استعماله . ذلك أن من حق الدائن أن يقدر أن الدين قد انقضى بالتقادم فلا يتحمل مزاحمة عدا الدين . ومهما يكن من أمر ، فالنص صريح فى جواز أن يستعمل الدائن حق مدينه فى التمسك بالتقادم (١) .

هذا وسرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه فى التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، كذلك يثبت له ، إذا لم يقتصر المدين على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطا خطوة إيجابية ونزل عن التقادم ، أن يطعن فى هذا النزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى . فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه فى التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة إذا سكت المدين عن التمسك بالتقادم . وله كذلك ، إذا نزل المدين عن التقادم ، أن يطعن فى هذا النزول بالدعوى البولصية ، حتى إذا نجح فى طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن المدين . فهو إذا طعن بالدعوى البولصية ، لم يكن له بد ، بعد أن ينجح فى طعنه ، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة .

---

(١) وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً ، والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن النص هنا صريح فى جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينه فى التمسك بالتقادم (انظر ما قدمناه فى هذه المسألة فى الدعوى غير المباشرة : الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢) .

§ ٣ — يجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى

٦٥١ — *التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية* : ولما كان التمسك بالتقادم دفعاً موضوعياً ، فان للمدين أو لذى المصلحة أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى (١) . فله أن يتمسك به منذ البداية ، وقبل الدخول فى أى دفع شكلى أو موضوعى . وله أن يؤخره إلى أن يستنفد جميع دفوعه الأخرى الشكلية والموضوعية ، فاذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم (٢) .

وكل ما ينبغى أن يحتاط له أمران : (١) ألا ينطوى تأخيره للدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً ، فأنه إذا نزل عنه لم يستطع بعد ذلك أن يعود إليه . ومن ثم كان من المناسب ، وهو يبدى أوجه دفاعه الأخرى ، أن يذكر أن عنده دفعاً بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهى من أوجه الدفاع التى يبديها (٣) . (٢) ألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة ، فأنه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أى طلب (٤) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٩ — ولكن يلاحظ أن التقادم المبنى على قرينة الوفاء لا يجوز التمسك به بعد التمسك بدفع يتضمن معنى عدم الوفاء بالدين ، كدفع بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء أو نحو ذلك ، فإن هذا التعارض الواضح يمنع من قبول الدفع بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧٧) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى ، ومن بعده المشروع النهائى ، يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، وكان يجرى على النحو الآتى : « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه من قبل أن يتنازل عنه » . وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة مجلس الشيوخ « لأن حكمها يستفاد من للقواعد العامة ، وترك الأمر للقواعد العامة فى التنازل عن الحقوق وكيفية قيام الدليل عليه » (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٣ ، وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٧ ملتى آنفاً فقرة ٦٤٢ فى الهامش) .

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨ — فقرة ٤٩ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ — كذلك لا يجوز التمسك لتقادم بعد أن صدر حكم موضوعى يلزم المدين بالدين ، ولم يبق أمام المحكمة الا الفصل فى مقدار هـذا الدين (بودرى وتيسييه فقرة ٤٩) .

٦٥٢ – التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف: فإن فاته الدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة على الوجه السابق بيانه ، سواء لأنه كان يجهله أو كان يعلمه ولكنه لم يتمكن من إبدائه قبل إقفال باب المرافعة لسهو أو لتعذر الحصول على الأدلة المثبتة لوقوع التقادم أو لغير ذلك من الأسباب ، فانه يستطيع – ما لم ينطو تركه للدفع أمام المحكمة الابتدائية على معنى النزول عنه – أن يدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، مع مراعاة ما قدمنا من وجوب الحيطة ، فلا ينطوى تأخيره للدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً ، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاستئناف (١) .

٦٥٣ – التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض : فاذا لم يدفع المدين بالتقادم لا أمام المحكمة الابتدائية ولا أمام محكمة الاستئناف ، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض ، فان محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجهاً جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع. وليس الدفع بالتقادم، كما قدمنا، معتبراً من النظام العام ، حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها . فهو كالدفع بالمقاصة وكالدفع بحجية الأمر المقضى ، لا يجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

٦٥٤ – التمسك بالتقادم أمام محكمة الإحالة: لكن إذا استطاع المدين أن يحصل على حكم من محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه لسبب

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ – بودرى وتيسييه فقرة ٥٠ – فقرة ٥٢ – استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤ – ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦ – ٦ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٢ – ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٨ – ٦ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٣ – أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠ – ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٤١ – ١٣ يناير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٤٤ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ – بودرى وتيسييه فقرة ٥٢ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٨٢ – نقض مدنى ١٥ يونيه ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ .

غير التقادم ، كخلل فى الإجراءات أو خطأ فى تطبيق القانون فى مسألة أخرى ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، فانه يجوز المدين أمام محكمة الاحالة — وهى محكمة موضوع — أن يدفع بالتقادم لأول مرة ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى . وعليه أن يحتاط كما قدمنا ، فلا ينطوى تأخيره الدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاحالة (١) .

المطلب الثانى

النزول عن التقادم

٦٥٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون » .

« ٢ — وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم (٢) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٨٠/١٠٨ و ٢٠٦/٢٧٠ (٣) .

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥٢ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٠١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٦) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٨٠/١٠٨ : لا يجوز ترك الحق فى التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله ، وإنما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص متصف بأهلية التصرف فى حقوقه . =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٤٣ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٦ (١) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر قاعدتان أساسيتان : (القاعدة الأولى) عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ، ويلحق بهذه القاعدة عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة التى عينها القانون . (القاعدة الثانية) جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ؛ ويلحق بهذه القاعدة جواز النزول عن المدة التى انقضت أثناء سريان التقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم كلها .

= (وهذا النص الوارد فى التقادم المكسب كان يطبق أيضاً فى التقادم المسقط) .

م ٢٠٦/٢٧٠ : إذا كان لمدين واحد عدة دائنين ، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من دين أحدهم ، فلباقى الدائنين أن يتمسكوا بمضى تلك المدة ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليساً منه وإضراراً بحقوقهم (وهذا النص الوارد فى الدعوى غير المباشرة كان يطبق أيضاً فى الدعوى البولصية) .

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٨٥ (مطابقة للمادة ٣٨٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٧٥ (مطابقة للمادة ٣٨٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٤٣ : ١ — لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق فى هذا الدفع ، كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التى حددها القانون . ٢ — وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن يتنازل ، ولو دلالة ، عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا التنازل لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٥ ، ويذهب إلى جواز الاتفاق على تقصير مدة التقادم على خلاف النص الصريح) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٤٦ : لا يجوز للدائن (صحته المدين) أن يعدل مقدما حكم مرور الزمن ولا أن يطيل أو يقصر مدته ، وإنما يجوز له أن يعدل عنه بعد الحصول عليه . ويكون عدوله صريحاً أو ضمنياً . وإذا كان لعدوله صفة الاحتيال ، جاز لدائنيه أن يحصلوا على إبطال ذلك العدول بإقامة الدعوى البوليانية .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

§ ١ - عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه

٦٥٦ - الأسباب التي ترعو الى عدم جواز النزول مقدما عن التقادم : ينص القانون صراحة على عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . فلا يجوز إذن أن يتفق الدائن والمدين على عدم إمكان تقادم الدين بعد اكتمال مدة التقادم التي عينها القانون . وليس ذلك راجعاً إلى أن التقادم يعتبر من النظام العام ، وإلا لما جاز أيضاً النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه . وإنما يرجع ذلك إلى أنه لو أجيز للدائن أن يشترط على المدين عدم إمكان تقادم الدين ، لاستطاع الدائنون أن يفرضوا هذا الشرط على المدينين ، ذ الدائن هو الذي يملي على المدين شروط الدين ، ولأصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً في التعامل (clause de style) ، ولترتب على ذلك أن ينهدم نظام التقادم من أساسه (١) .

أما إذا اكتملت مدة التقادم ، وصار المدين هو سيد الموقف يستطيع أن يدفع بسقوط الدين لتقادمه ، ثم أراد بالرغم من ذلك أن ينزل بطوعه من التمسك بالتقادم بعد ثبوت حقه فيه ، فليس في هذا النزول إهدار للحماية التي أرادها القانون للأوضاع المستقرة . بل إن ترك المدين لضميره يملي عليه واجبه هو خير ما يفعله القانون ، للتوفيق بين استقرار الأوضاع ونزاهة التعامل .

٦٥٧ - عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه يسري على جميع أنواع التقادم : وحظر النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ينطبق على جميع أنواع التقادم ، أياً كانت مدته . فالتقادم العادي

---

(١) هذا إلى أنه يصعب على المدين ، وقت التعاقد على الدين ، أن يرفض شرط الدائن من أن الدين لا يتقادم . فهو لا يستطيع أن يقول للدائن إنه يأبى إلا أن الدين يسقط بالتقادم ، ولو لم يوف به . وإذا كان القانون قد أظل المدين بحمايته ، فهو لم يفعل ذلك لمصلحة المدين ، ولا للأضرار بالدائن ، ولكن تثبيتاً للأوضاع المستقرة . فلا يملك الطرفان أن يهدرا هذه الاعتبارات ، ولو باتفاق يتم بينهما على ذلك .

بخمس عشرة سنة لا يجوز النزول عنه مقدماً للاعتبارات التى قدمناها . ولا يجوز كذلك النزول عن تقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمس سنوات ، فان الغرض من التقادم فى هذه الحالة هو عدم تراكم الديون على المدين كما قدمنا ، وهذا سبب يكفى وحده لتبرير تحريم النزول مقدماً عن هذا التقادم . وهذا السبب نفسه هو الذى يبرر تحريم النزول مقدماً عن تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بخمس سنوات . أما تقادم حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء بسنة واحدة فيقوم على قرينة الوفاء ، ومن ثم كان النزول عنه مقدماً مصادرة لقرينة معقولة قبل أن تتحقق . وتصدق الاعتبارات المتعلقة باستقرار التعامل فى تبرير تحريم النزول مقدماً عن تقادم الثلاث السنوات فى دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع ودعاوى الإثراء بلا سبب .

٦٥٨ — عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها — إحالة : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ مدنى تقول أيضاً إنه « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون » . فلا يجوز الاتفاق إذن على إطالة مدة التقادم ولا على تقصيرها .

وقد سبق أن بينا (١) أن مدد التقادم من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشيئة الأفراد (٢) . ولو أنا أبحنا إطالة مدة التقادم ، أياً كانت هذه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٢ .

(٢) ومع ذلك قد يجيز القانون فى بعض الحالات الاستثنائية الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدنى من أنه « تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول » . ومن ذلك ما راعاه المشرع من حماية المؤمن له والمستفيد فى عقد التأمين ، فأجاز فى المادة ٧٥٣ مدنى الاتفاق على ما يخالف النصوص السابقة على هذا النص إذا كان ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد . ومن هذه النصوص التى تجوز مخالفتها بالاتفاق نص المادة ٧٥٢/١ ويقضى بأن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى » . ومن ثم يجوز الاتفاق على إطالة هذه المدة أو على تقصيرها ، إن كان ذلك فى مصلحة المؤمن له أو فى مصلحة المستفيد . انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣٠٨ .

المدة لجاز اتخاذ هذه الإباحة وسيلة إلى النزول عن التقادم قبل أن يتم . وما على الطرفين إلا أن يطيلا مدة التقادم إلى أجل أو إلى آجال بعيدة ، فى اتفاق واحد أو فى اتفاقات متعاقبة ، ويؤدى هذا عملا إلى نزول المدين مقدماً عن التقادم قبل ثبوت حقه فيه ، وهذا ما لا يجوز . كذلك لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، لأن إقرار صحة هذا الاتفاق لا يؤمن معه الاعتساف ، وبخاصة فى عقود النقل وفى عقود التأمين . وقد قدمنا أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم كان جائزاً فى عهد التقنين المدنى السابق، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسى . ونكتفى هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هنالك (١) .

٦٥٩ — *كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى* : على أن ما قررناه من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم لا يمنع من أن مدة التقادم قد تطول فعلا بطرق أخرى . فاذا وقف سريان التقادم، طالت مدته بمقدار المدة التى وقف فيها عن السريان . وإذا انقطعت مدة التقادم ، طال التقادم بمقدار المدة التى انقطع فى آخرها وهى المدة التى أصبحت لا يعتد بها ، وبمقدار المدة التى يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر .

وقد قدمنا أنه يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على تأخير مبدأ سريان التقادم عن طريق اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض ، فكأنها صفقة واحدة لا تتجزأ . وعند ذلك لا يسرى التقادم إلا بعد أن تتم حلقات هذه السلسلة ، فيتأخر مبدأ سريان التقادم إلى أن تتم آخر حلقة من هذه الصفقات (٢) . فاذا ما تأخر مبدأ سريان التقادم على النحو المتقدم الذكر، فقد طالت مدته بقدر ما تأخر مبدأ سريانه (٣) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٣) ويجيز القضاء الفرنسى أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك، كما إذا اتفقا على وقف التقادم خلال مدة تحقيق جنائى أو تحقيق إدارى أو خلال المدة التى تدور فيها مفاوضات للصلح . ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه . ويقول الأستاذان بودرى وتيسيه أنه ليس فى هذا الاتفاق ما ينشىء أسباباً جديدة لوقف التقادم، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يصطدم مع النظام العام . وليس فى النظام العام ما يمنع من—

§ ٢ - جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

٦٦٠ - النزول الصريح والنزول الضمني : قدمنا أنه إذا اكتملت مدة التقادم ، وثبت حق المدين في التمسك به ، فان نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز . فهو لا يخشى عندئذ من ضغط الدائن ما كان يخشاه قبل أن يبدأ التقادم أو قبل أن يكتمل ، فان هو اختار مع ذلك أن ينزل عن التقادم وأن يوفى الدين ، فهو لم يفعل ذلك بضغط من الدائن بل استجابة لداع من الضمير .

وقد يكون نزول المدين عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً . ولا يشترط في النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة ، فكل تعبير عن الإرادة يفيد معنى النزول يعتد به . وقد يكون النزول الصريح مكتوباً ، كأن يحرر المدين على نفسه سنداً بالدين بعد تقادمه ويكتب في السند أنه نزل عن التمسك بالتقادم فيه . كما يكون النزول الصريح شفوياً باللفظ ، ولكن يجب في إثبات هذا النزول - وهو تصرف قانوني - اتباع القواعد العامة في الإثبات ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الدين المتقادم على عشرة جنيهات .

وقد يكون النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ضمنياً . وأكثر ما يكون ذلك في دعوى الدين يرفعها الدائن على المدين ، فيتعمد المدين إغفال الدفع بالتقادم ، بحيث يفهم من موقفه ، أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع (١) . ولكن ليس من الضروري أن يستخلص من تأخير المدين الدفع بالتقادم أنه قد نزل عنه ، فقد قدمنا أن للمدين أن يدفع بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ما لم يستخلص من ظروف تأخيره للدفع أنه قد نزل عنه . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان

= الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة ، فقد أجاز القانون إضافة أجل الدين لمكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودري وتيسيه فقرة ٦٣ - فقرة ٦٦) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥ .

يستخلص من موقف المدين ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم ، ولا يفترض ذلك عند الشك فان النزول عن الحق لا يفترض(١). وقد يستخلص النزول الضمنى من طلب المدين مهلة من الدائن لدفع الدين بعد تقادمه ، أو من تقديمه للدائن كفالة بالدين أو رهناً بعد اكتمال التقادم ، أو من دفعه قسطاً من الدين أو دفعه جزءاً من فوائده أو نحو ذلك من الأعمال التى تعتبر إقراراً بالدين ، وتكون أثناء سريان التقادم سبباً لقطعه ، ويعد اكتماله نزولا ضمنياً عنه (٢) .

٦٦١ — الأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه:

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى : « وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل . . . » . فالأهلية الواجبة إذن للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه هى أهلية التصرف . فلا تكفى أهلية الإدارة ، ولا تلزم أهلية التبرع (٣) .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المنازعة فى وجود الدين لا تمنع من التمسك بالتقادم ، فهو دفع يجوز التمسك به احتياطياً كما يجوز التمسك به أصلا ، ولا يفهم من المنازعة فى وجود الدين أنها تتضمن نزولا عن التمسك بالتقادم (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٣٥) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧٦ ص ٥٧٢ — ص ٥٧٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٩ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بالحجز على ماله وبيعه يعتبر نزولا ضمنياً عن التمسك بالتقادم (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الاتفاق الحاصل أمام المحكمة بين المدعى والمدعى عليه على أن الأخير يقدم حسابا عن المبلغ المطلوب ، والإقرار بعد ذلك منه أنه قدم الحساب فعلا ، يقطع المدة الطويلة إذا حصل أثناء سريانها ، ويمنع حكمها إذا تم بعد انتهائها (٨ يونيه سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٩٩) . والنزول عن التقادم يجب أن يكون واضحاً لا غموض فيه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٩) . فسكوت المدين عن التمسك بالتقادم بالنسبة إلى الفوائد فى محكمة أول درجة لا يعتبر نزولا ضمنياً عن التقادم ، إذا كان قد أنكر أصل الدين ذاته (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٢) .

وإذا كان للمدين دائنون متعددون بدين واحد قابل للانقسام ، وكان الدائنون غير متضامنين ، فنزول المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يعتد به بالنسبة إلى الباقين (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٤) .

(٣) وبالرغم من أن النص صريح فى أن الأهلية الواجبة هى أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع ، وإن —

أما أن أهلية التبرع لا تلزم ، فذلك لأن الدين لا يسقط بمجرد اكتمال مدة التقادم ، بل لا بد من أن يتمسك المدين بالتقادم كما قدمنا . وهو لم يتمسك به ، بل نزل عن حقه فيه ، فدينه إذن باق لم يسقط . ولو كان دينه قد سقط بمجرد اكتمال مدة التقادم ، ثم لما نزل عن التمسك بالتقادم نشأ دين جديد فى ذمته ، لكان متبرعاً بانشاء هذا الدين الجديد ، ولوجب توافر أهلية التبرع فيه . ولكنه ، كما قلنا ، لا ينشىء ديناً جديداً فى ذمته ، بل يستبقى ديناً قديماً ، وهذا الدين القديم وجب فى ذمته من قبل فهو لا يتبرع بانشائه من جديد .

وأما أن أهلية الإدارة لا تكفى ، فذلك لأن المدين ، باستبقائه فى ذمته ديناً قديماً كان يستطيع إسقاطه لو أنه لم ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم ، لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة ، بل هو يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك . فهو فى موقف من يلتزم ، إذ يبقى التزاماً كان فى استطاعته أن يتخلص منه ، فلا تكفى إذن أهلية الإدارة ، بل تجب أهلية التصرف .

ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم . كذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور فى التمسك بالتقادم ، من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلا خاصاً فى ذلك .

٦٦٢ — أثر النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه : وإذا نزل المدين عن التقادم صراحة أو ضمناً على النحو الذى قدمناه ، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد ، لا حاجة فيه إلى قبول الدائن ، وكان ملزماً له لا يستطيع الرجوع فيه (١) .

ويبنى على ذلك أن الدين الذى اكتملت مدة التقادم فيه يبقى فى ذمة المدين

= لم تنطو فيه حقيقة الافتقار . ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥) . وإذا تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، وجب الأخذ بالنص الصريح .

(١) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٣ .

على نجو بات ، بعد أن كان مهدداً بالسقوط عن طريق الدفع بالتقادم ، ويجب على المدين الوفاء به للدائن .

ومن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد ، كما هو الأمر فى انقطاع التقادم . والأصل أن تكون مدة التقادم الجديد هى نفس مدة التقادم القديم الذى نزل عنه المدين ، ولكن قد تختلف المدتان . فلو كانت مدة التقادم الذى نزل عنه المدين خمس عشرة سنة ، فان مدة التقادم الجديد تكون دون شك خمس عشرة سنة أخرى تبدأ من وقت نزول المدين عن التقادم الأول . فلو أن المدين نزل عن الدين بعد أن انقضى على تكامله سنتان ، فان مدة الخمس العشرة سنة الأخرى تبدأ من وقت انقضاء سنتين على تكامل التقادم الأول ، أى بعد سبع عشرة سنة من مبدأ سريان هذا التقادم ، ومن ثم تطول مدة تقادم الدين إلى اثنتين وثلاثين سنة من أول وقت استحق فيه . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات ، فى حقوق دورية متجددة ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، حتى تتحقق الحكمة من هذا النوع من التقادم وهى عدم تراكم الديون فى ذمة المدين . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات ، فى حقوق أصحاب المهن الحرة ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، ما لم يكن نزول المدين عن التقادم جاء عن طريق تحرير سند بالدين ، فى هذه الحالة تكون مدة التقادم الجديد خمس عشر سنة . قياسا على حالة ما إذا حرر المدين سنداً بالدين فى أثناء سريان التقادم ، وتطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى . ولو كانت مدة التقادم سنة واحدة ، فى حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، فان فى نزوله هذا دحضاً لقرينة الوفاء التى قام عليها التقادم فى هذه الحقوق ، فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة . ويستوى فى ذلك أن يكون النزول عن التقادم بعد تكامله جاء عن طريق تحرير سند بالدين أو جاء عن أى طريق آخر ، وتقاس هذه الحالة على حالة التقادم الذى يسرى ضد الحكم النهائى الصادر بهذه الحقوق ، فان مدة التقادم حينئذ تكون خمس عشرة سنة كما سبق القول .

وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى : « على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم » . وفى هذا تطبيق

لقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانونى صدر من المدين ، هو نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه . وقد رأينا من قبل تطبيق قواعد الدعوى غير المباشرة فى نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، وهو نص قاطع للشك فى جواز استعمال الدائنين لحق مدينهم فى التمسك بالتقادم . وإذا كان هذا النص الأخير ضرورياً ، إذ يزيل الشبهة فى جواز استعمال الدائنين لحق متصل بشخص مدينهم بل لرخصة لم ترق إلى مرتبة الحق (١) ، فأن نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى هو أيضاً نص ضرورى ، إذ يزيل الشبهة فى جواز الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف للمدين لا ينقص من حقوقه ولا يزيد فى التزاماته ، بل يقتصر به المدين على الامتناع عن إنقاص التزاماته ، فكان الواجب لولا النص ألا يقع تحت طائلة الدعوى البولصية (٢). وفى هذه المسألة وحدها يخرج القانون على قواعد الدعوى البولصية ، أما فى المسائل الأخرى فتبقى هذه القواعد سارية. ومن ثم يشترط أن يكون نزول المدين عن التمسك بالتقادم ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، سبباً فى إعسار المدين أو فى زيادة إعساره (م ٢٣٧ مدنى) . فاذا كان المدين موسراً حتى بعد النزول عن التقادم ، فلا شأن لدائنيه فى هذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة . ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم لا يعتبر تبرعاً كما قدمنا ، فانه يشترط ، لعدم نفاذ هذا النزول فى حق الدائنين ، أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون الدائن الذى صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الغش . ويكفى فى ذلك ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ مدنى ، أن يكون النزول قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر وأن يكون الدائن الذى صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الإعسار (٣) . وهذه

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥٠ . وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢ .

(٢) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٧٩ .

(٣) ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم اعتبر فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تبرعا ، على خلاف النص الصريح كما قدمنا ، فقد اقتضى ذلك من المذكرة الإيضاحية ألا تشترط ، لجواز الطعن بالدعوى البولصية فى هذا النزول ، لا غش الدائن ولا غش المدين ، فقالت فى هذا الصدد : « ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الافتقار . ويتفرع على ذلك ... جواز طعن الدائنين على هذا التنازل بطريق الدعوى البولصية ، دون أن يكون ثمة محل لإقامة الدليل على غش الدائن الذى وقع التنازل لمصلحته فضلا عن غش المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥) .

المسائل مختلف عليها كل الاختلاف فى فرنسا (١) ،أما عندنا فالنصوص صريحة لا تسمح بترديد صدى هذا الاختلاف (٢) .

= انظر فى المعنى الذى نقول به الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣١٦ ص ٣٩٤ — وانظر : استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٥ — وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ١٨١ ، واستئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ .

(١) ذلك أن التقنين المدنى الفرنسى لم يشتمل إلا على نص واحد فى هذا الموضوع ، هو نص المادة ٢٢٢٥ . وهذا النص يقضى بجواز أن يتمسك الدائنون بالتقادم ، حتى لو نزل المدين عن التمسك به . وقد تشعبت المذاهب الفقهية فى تفسير هذا النص ، ويعد بودرى وتيسييه من هذه المذاهب أربعة : ١ — فمن الفقهاء من ذهب إلى قصر هذا النص على الدعوى غير المباشرة دون الدعوى البولصية ، فيجوز للدائنين التمسك بالتقادم إذا لم يتمسك به المدين ، وهذا هو معنى نزول المدين عن التمسك بالتقادم الوارد فى النص كما يفسرونه . ولكن إذا نزل المدين عن التقادم فهذه مسألة ترجع إلى ضميره ، وهو بعد أن اتخذ هذا الموقف الإيجابى ونزل عن التقادم لا يجعل للدائنين سبيلا إلى الطعن فى هذا النزول ، لا سيما أنه لا يجوز الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف لا يعد افتقاراً بل هو امتناع عن الإثراء . ٢ — ومن الفقهاء من ذهب إلى أن النص يشمل الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية معاً ، ولكن يشترطون لجواز الطعن بالدعوى البولصية إثبات غش المدين فى نزوله عن التمسك بالتقادم (ترولونج فقرة ١٠١ وما بعدها — ماركاديه م ٢٢٢٥ فقرة ٢ — جيللوار فقرة ٣٤٢) . ٣ — ومن الفقهاء من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البولصية حتى لو لم يثبت غش فى جانب المدين ، ويكفى أن يكون نزوله عن التقادم قد سبب إعساره أو زاد فى هذا الإعسار . ويقول بودرى وتيسييه إن هذا الرأى هو الذى رجح فى الفقه وفى القضاء (ديرانتون ٢١ فقرة ١٥٠ — ديمولومب ١٩ فقرة ٢١٩ — فقرة ٢٢٣ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ١٨ — كوليه دى سانتير ٨ فقرة ٣٣٢ مكررة خامسا) . ٤ — ومن الفقهاء أخيراً من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البولصية ، حتى لو لم يثبت غش فى جانب المدين ، وحتى لو لم يثبت أن نزوله عن التقادم قد سبب إعساره أو زاد فى هذا الإعسار (لوران ٣٢ فقرة ٢٠٩ — فقرة ٢١٠ وفقرة ٢٢٠ — هيك ١٤ فقرة ٣٣٣ — فقرة ٣٣٤) . ويقول بودرى وتيسييه أنه يصعب الدفاع عن هذا الرأى فهو يتعارض مع أحكام الدعوى البولصية ومع أحكام التقادم . انظر فى هذه الآراء المختلفة بودرى وتيسييه فقرة ١١٣ — فقرة ١١٩ .

وقد تدمنا أن التقنين المدنى المصرى وضع نصاً للدعوى غير المباشرة (م ١/٣٨٧) ونصاً آخر للدعوى البولصية (م ٢/٣٨٨) ، ففصل بين الدعويين ، حيث جمعهما التقنين المدنى الفرنسى فى نص واحد فأورث الحكم كل هذا الغموض .

(٢) وإذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم فى الدعوى المرفوعة عليه من الدائن فقضى عليه بالدين ، وفات دائنيه أن يتدخلوا فى الدعوى ليطعنوا فى نزول المدين بالدعوى البولصية ، فإن لهم أن يطعنوا فى الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، بشرط أن يثبتوا غش مدينهم =

وقد قدمنا أن الدائنين إذا نجحوا فى الطعن فى نزول المدين عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى ، فان عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مدينهم تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى (١) .

٦٦٣ — جواز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم تكتمل :

وقد يقع أن المدين ينزل عن التقادم ، لا قبل سريانه فيكون نزولا عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون باطلا ، ولابعد تكامله فيكون نزولا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً ، ولكن أثناء السريان . وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التى انقضت لأنه نزول عن حق فى مدة قد انقضت فعلا ، وباطلا فيما يتعلق بالمدة الباقية لاكتمال التقادم لأنه نزولا عن مدة مستقبلة لم يثبت للمدين حق فيها . ومن ثم تزول المدة التى انقضت بالنزول عنها ، ولا يعتد بها فى حساب التقادم . ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التى انقضت ، لا من وقت اكتمال التقادم السابق .

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع التقادم عن طريق إقرار المدين بحق الدائن . ذلك أن المدين ، إذا نزل عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق الدائن ، فيقطع الإقرار التقادم . ولا يعتد بالمدة

= وتواطؤه مع الدائن الذى نزل له عن التمسك بالتقادم (انظر المادة ٠٠٤ من تقنين المرافعات - بودرى وتيسييه فقرة ١٢٠) .

(١) وإذا كان الحق يتقادم بسنة واحدة ويقوم التقادم فيه على قرينة الوفاء وتوجه فيه اليمين إلى المتمسك بالتقادم ، وجب التمييز بين حالتين : (أ) حالة ما إذا اقتصر المدين على عدم التمسك بالتقادم ، فتمسك به الدائنون نيابة عن مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فى هذه الحالة يوجه القاضى اليمين إلى المدين لا إلى الدائنين (أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٤٨٤ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ١٨٢) . (ب) وحالة ما إذا لم يقتصر المدين عن عدم التمسك بالتقادم ، بل نزل منه نزولا إيجابياً ، فى هذه الحالة لا يجوز للدائنين الطعن فى هذا النزول بالدعوى البولصية ، لأن التقادم هنا مبنى على قرينة الوفاء ، وقد انتفت هذه القرينة بنزول المدين عن التقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ١٨٢)

التى انقضت ، كما سبق القول عند الكلام فى انقطاع التقادم بالإقرار (١) .

ويترتب على هذا التكييف أمران : (١) أن التقادم الجديد الذى يعقب التقادم السابق يكون مدته هى مدة التقادم السابق أو تختلف عنها ، وفقاً للأحكام التى قدمناها عند الكلام فى انقطاع التقادم . فتكون المدة خمس عشرة سنة بدلا من خمس فى حقوق أصحاب المهن الحرة إذا كان نزول المدين عن طريق تحرير سند بالدين ، وبدلا من سنة واحدة فى حقوق التجار والصناع والعمال ومن إليهم بمجرد الإقرار بحق الدائن عن طريق النزول عن المدة التى انقضت ، سواء كان الإقرار عن طريق تحرير سند بالدين أو عن أى طريق آخر . (٢) وما دام النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم ، فالأهلية الواجبة فيه ليست هى أهلية التصرف كما فى النزول عن التقادم المكتمل (٢) ، بل هى أهلية الإدارة وهى الأهلية الواجبة فى قطع التقادم كما سبق القول (٣) .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على التقادم

٦٦٤ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » .

« ٢ — وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣ . وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٩ مكررة .

الملحقات ، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٠٤/٢٦٨ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٣ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٧٣ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٤٠ – ٤٤١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٦٠ – ٣٦١ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٩٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٠ – ص ٣٤١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٠٤/٢٦٨ : مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه إذا تمسك بذلك . (وتتفق أحكام التقنين المدنى السابق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٨٣ (مطابقة للمادة ٣٨٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٨٦ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤٤٠ : لا يسقط الحق بمرور الزمان ، فإذا أقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بإقراره ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

م ٤٤١ : إذا لم تسمع الدعوى بالحق لمرور الزمان ، فلا تسمع الدعوى بالفوائد وغيرها من الملحقات ، حتى لو لم تكمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه الملحقات .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن المدين ، فى التقنين العراقى ، إذا أقر بالحق أمام المحكمة بعد تكامل مدة التقادم – سواء تمسك بالتقادم أو لم يتمسك به – أخذ بإقراره ، وذلك فى غير الحقوق التى يقوم التقادم فيها على غير قرينة الوفاء كالحقوق الدورية المتجددة ، فهذه لا يجوز سماع الدعوى فيها حتى لو أقر المدين : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى التقنين المدنى العراقى فقرة ٣٩٩ . أما فى مصر ، إذا أقر المدين بالحق بعد اكتمال مدة التقادم ، فإن كان ذلك قبل التمسك بالتقادم ، جاز اعتبار الإقرار نزولا عن التمسك به . وإن كان بعد التمسك بالتقادم ، فى غير تقادم السنة ، فالتقادم يسقط الحق رغم هذا الإقرار) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٦٠ : إن حكم مرور الزمن يعد بمثابة برهان على إبراء ذمة المديون ، وقرينة الإبراء الناشئة عنه لا ترد ولا تقبل برهاناً على العكس .

م ٣٦١ : إن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن فى إقامة الدعوى ، بل =

ويخلص من هذا النص أن الالتزام ينقضى بالتقادم . ويجب فى هذا الصدد أن نميز ، عند اكتمال مدة التقادم ، بين حالتين : (١) قبل التمسك بالتقادم (٢) بعد التمسك به .

٦٦٥ — التزام اكتملت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم :

فاذا كان الالتزام قد اكتملت مدة تقادمه ، ولكن المدين لم يتمسك بعد بالتقادم ، فهو فى هذه الفترة التزام مدنى قائم كما كان أثناء سريان مدة التقادم . ولا تتغير طبيعة الالتزام بمجرد تكامل هذه المدة ، لأن التقادم لا يقضى الالتزام إلا إذا تمسك به المدين (١) .

ويخلص مما تقدم أن الالتزام يكون فى هذه الفترة التزاماً مدنياً واجب الوفاء . ويترتب على ذلك نتائج هامة نذكر منها ما يأتى :

(١) إذا وفى المدين بالالتزام فى هذه الفترة ، فانه يوفى بالتزام مدنى مستحق الأداء . فهو لا يستطيع بعد أن وفى به للدائن أن يسترده منه ، بدعوى أنه دفع ديناً انقضى بالتقادم ، وهذا حتى لو كان الوفاء صدر عن غلط ، وكان المدين وقت أن وفى بالدين لا يعلم باكتمال مدة التقادم ، وظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل (٢) .

= يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه ، لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع . على أن المديون الذى أبرأه مرور الزمن من الوجهة المدنية يظل مقيداً بموجب طبيعى يمكن اتخاذه سبباً للإيفاء .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى . وقد جعل التقنين اللبنانى التقادم قرينة على براءة ذمة المدين ، وكان الأولى ترك الأساس الذى يقوم عليه التقادم للفقه ، فيتطور فى مرونة لا يعوقها نص تشريعى . ونص التقنين اللبنانى صراحة على عدم صلاحية الحق المتقادم لأن يكون دفعاً ، فخرج بذلك على قاعدة أبدية الدفوع . ولم يعرض التقنين المصرى لهذه المسألة بل تركها للفقه ، والرأى الغالب فى الفقه هو الأخذ بقاعدة أبدية الدفوع) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا ينقضى الالتزام قبل التمسك بالتقادم بمجرد انقضاء المدة المسقطة ، بل يظل التزاماً مدنياً إلى أن يدفع بتقادمه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤١) .

(٢) وهذا هو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية وما نص عليه صراحة التقنين المدنى الألمانى . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المدين لا يسترد ما وفاه وهو جاهل باكتمال التقادم ، مادام =

(٢) إذا قدم المدين كفيلا للدين الذى اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك بالتقادم، سواء علم باكتمال المدة أو لم يعلم، صحت الكفالة، إذ الكفيل يضمن التزاماً مدنياً قائماً. فاذا كان المدين يعلم، عند ما قدم الكفيل، بأن المدة قد اكتملت، اعتبر تقديمه للكفيل نزولا منه عن حقه فى التمسك بالتقادم. أما إذا كان لا يعلم باكتمال المدة، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم فيسقط الدين، وجاز لكفيله فى هذه الحالة أن يدفع هو أيضاً بسقوط الدين للتقادم (١).

(٣) إذا ترتب فى ذمة الدائن للمدين دين توافرت فيه شروط المقاصة بالدين الذى له فى ذمة المدين، فان المقاصة تقع بين الدينين إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم. ذلك أن تمسك الدائن بالمقاصة يجعل الدينين ينقضيان بمجرد تلاقيهما، وقد تلاقيا فى وقت كان فيه الدين الذى اكتملت مدة تقادمه لا يزال ديناً مدنياً، إذ لم يكن المدين قد تمسك بالتقادم عند ما تمسك الدائن بالمقاصة، فتوافرت شروط المقاصة وانقضى الدينان. فاذا جاء المدين بعد ذلك وتمسك بالتقادم، فانه يكون قد فعل ذلك متأخراً، إذ وقت أن تمسك بالتقادم كان الدين قد انقضى بالمقاصة (٢). وحكم

= الوفاء كان تلقائياً كان باختياره دون ضغط من الدائن أو تهديد منه باتخاذ إجراءات قضائية نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ داللوز ١٩٤٠ – ١ – ٥٧ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٥ – ١٣٥ – ٢١ فبراير سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ – ٢٠٨ – وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٩٣). وقضت محكمة المرنكى بأن المدين إذا طولب بدين ظن أنه ملزم به مدنياً فدفعه، فى حين أن هذا الدين كان قد سقط الحق فيه بمضى المدة، لم تقبل منه دعوى استرداد هذا المبلغ لأنه دفعه بإرادته (١٨ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٦٨ ص ١٤٢). وتنص المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى على أنه « إذا اكتملت مدة التقادم، كان للملتزم الحق فى رفض الوفاء بالدين. ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقادمت لا يجوز له استرداده، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم. ويسرى هذا الحكم أيضاً فى حالة ما إذا صدر من الملتزم إقرار تعاقدى بالدين، أو تقدم بضمان لكفالته ». انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٢٢٢ فقرة ١ – فقرة ٢.

(١) قارن المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى والتعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٢٢٢ فقرة ٢.

(٢) والمفروض هنا أن الدينين وقت أن تلاقيا كان أحدهما قد اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك المدين بالتقادم، ولذلك وجب أن يكون تمسك الدائن بالمقاصة سابقاً على تمسك المدين بالتقادم. أما إذا كان الدين لم تكتمل مدة تقادمه وقت أن تلاقى بالدين المقابل، فانه يسقط =

المقاصة هنا هو حكم الوفاء بالدين المتقادم قبل التمسك بتقادمه ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء .

٦٦٦ — التزام اكتملت مدة تقادمه بعد التمسك بالتقادم : ويتغير الحكم إذا اكتملت المدة وتمسك المدين بالتقادم ، فانه بمجرد أن يتمسك المدين بالتقادم على النحو الذى فصلناه يسقط الدين وتوابعه . وهناك رأى يذهب إلى أن التقادم يلحق الدعوى دون الحق ، ولكن الظاهر هو أن التقادم يسقط الحق نفسه هو ودعواه جميعاً . وأياً كان الرأى فى سقوط الدعوى دون الحق أو فى سقوط الدعوى والحق معاً ، فانه يتخلف عن الالتزام المدنى التزام طبيعى ، فان سقطت الدعوى دون الحق فقد أصبح الحق مجرداً من الدعوى وانحدر الالتزام المدنى إلى التزام طبيعى ، وإن سقط الحق والدعوى معاً فقد بقى فى ذمة المدين واجب أدبى ارتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى .

فهناك إذن ثلاث مسائل نبحثها على التعاقب : (١) سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم (٢) تأصيل هذا السقوط وهل يلحق الدعوى دون الحق أو يلحق الدعوى والحق جميعاً (٣) تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم .

المطلب الأول

سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم

٦٦٧ — سقوط الدين وتوابعه : إذا تمسك المدين بالتقادم على النحو الذى بسطناه ، فان الدين يسقط ، ولا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أدائه (١) .

= بالمقاصة حتى لو كان التمسك بها لاحقاً لتمسك المدين بالتقادم . وقد رأينا أن المادة ٣٦٦ مدنى تنص على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . انظر آنفاً فقرة ٥٥١ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١ .

ويسقط مع الدين توابعه من كفالة ورهن رسمي وحق امتياز وحق اختصاص وما إلى ذلك ، فتبرأ ذمة الكفيل وينقضي الرهن والامتياز والاختصاص بانقضاء الدين الأصلي بالتقادم (١) ، فان التابع يزول بزوال الأصل (٢) .

كذلك يسقط مع الدين ما استحق من فوائده وملحقاته باعتبارها توابع للدين ، حتى لو لم تكن هذه الفوائد والملحقات قد سقطت هي ذاتها استقلالا بالتقادم . ذلك أنه يمكن أن نتصور سقوط الفوائد والملحقات بالتقادم استقلالا دون سقوط الدين الأصلي ، فاذا مضى على استحقاق الفوائد مثلا خمس سنوات سقطت ، وقد لا يسقط الدين الأصلي إلا بخمس عشرة سنة : فتسقط الفوائد دون أن يسقط الدين . أما إذا سقط الدين بالتقادم ، فان الفوائد والملحقات تسقط حتما معه ، حتى لو لم يمض عليها مدة التقادم الخاص بها . فاذا تقادم الدين وسقط ، سقط معه ، ليس فحسب الفوائد التي مضى على استحقاقها خمس سنوات فهذه تسقط بالتقادم استقلالا عن الدين ، بل تسقط أيضا الفوائد التي لم يمض على استحقاقها خمس سنوات . وهذه تسقط تبعا لسقوط الدين الأصلي ، وقد سقط هذا بأثر رجعي كما سنرى ، فتسقط تلك بسقوطه سقوطا يستند إلى الماضي . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدني تنص على هذا الحكم

---

(١) استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٢٤٢ .

(٢) ويبقى التابع ما بقي الأصل ، فإذا كان الدين الأصلي باقياً ، بقيت ضماناته ولو اكتملت بالنسبة إليها مدة التقادم ، مادام الدين الأصلي — بسبب انقطاع التقادم مثلا — لم يتقادم (بودري وتيسييه فقرة ٦١٢ مكررة) .

وتقضي المادة ٢٢٣ من التقنين المدني الألماني بأن تقادم الدين لا ينهي رهن الحيازة ولا الرهن الرسمي ، بل يبقى الرهنان منتجين لأثرهما بالرغم من تقادم الدين (سالي م ٢٢٣ ص ٣٢٩) . وهذا الحكم يمكن التسليم به في القوانين اللاتينية ، في رهن الحيازة دون الرهن الرسمي ، فإن رهن الحيازة ، كما قدمنا ، يمنع من تقادم الدين ، فيبقى الدين قائماً ما دام الشيء المرهون في حيازة الدائن . أما في القانون الألماني فيمكن تعليل بقاء كل من رهن الحيازة والرهن الرسمي بالرغم من تقادم الدين بأن التقادم ، في الفقه الجرماني ، إذا أسقط عنصر المسئولية في الالتزام ، فإنه يبقى عنصر المديونية ، وإلى هذا العنصر يستند رهن الحيازة والرهن الرسمي (انظر ما يلي فقرة ٦٧٢ في الهامش) .

صراحة إذ تقول : « وإذا سقط الحق بالتقادم ، سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات (١) » .

٦٦٨ — سقوط الدين بأثر رجعي : وإذا سقط الدين بالتقادم ، سقط بأثر رجعي ، واستند سقوطه إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان للتقادم ، لا إلى الوقت الذي اكتملت فيه مدة التقادم (٢) . يدل على ذلك في وضوح سقوط الحق في الفوائد والملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها . فلو كان الدين الأصلي الذي انقضى بالتقادم سقط من وقت اكتمال مدة التقادم لا من وقت مبدأ سريانه ، لبقيت آثار هذا الدين إلى وقت اكتمال المدة قائمة ؛ ومن ثم كانت تبقى الفوائد والملحقات التي أنتجها الدين ، ولا تسقط إلا إذا تقادمت هي مستقلة عن الدين . ولكن لما كان الدين ينقضي بأثر رجعي من وقت مبدأ سريان التقادم ، فإنه يعتبر غير موجود خلال مدة سريان التقادم ، وتعتبر الفوائد التي أنتجها خلال هذه المدة ولم تدفع غير موجودة ، وهكذا تسقط بسقوط الدين (٣) .

على أنه لا يستخلص من سقوط الدين بأثر رجعي أن المدين إذا كان قد دفع منه للدائن أقساطاً أو فوائد مستحقة قبل أن تتكامل مدة التقادم يستطيع أن يستردها (٤) ، بدعوى أن الدين يعتبر غير موجود من وقت مبدأ سريان التقادم

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤١ .

(٢) ويقول بودرى وتيسييه إن استناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت مبدأ سريانه تقضي به طبيعة نظام التقادم والهدف الذي يرمي هذا النظام إلى تحقيقه . فالأوضاع المستقرة التي يقصد بنظام التقادم إلى احترامها وحمايتها قد استقرت منذ مبدأ سريان التقادم ، فإلى هذا الوقت يجب الرجوع في تحديد أثر التقادم (بودرى وتيسييه فقرة ١٠٣ مكررة) .

(٣) وقد كان هذا الحكم معمولا به دون نص في عهد التقنين المدني السابق (الموجز للمؤلف فقرة ٦١٣ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٥) .

(٤) ويذهب بلانيول وريبير وردوان إلى أن عدم استطاعة المدين أن يسترد ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد دليل على أن التقادم ليس له أثر رجعي (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٩٣ ص ٨٠٩ . وانظر أيضاً كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦١٥) . ولكن لا يمكن أن نفسر بدون الأثر الرجعي سقوط الفوائد التي لم تمض عليها مدة التقادم بسقوط الدين الأصلي . —

فلم توجد الأقساط ولم تستحق الفوائد . ذلك أن المدين وقت أن دفع هذه الأقساط والفوائد ، كان الدين لم يتكامل تقادمه . فكان ديناً مدنياً مستحقاً فى ذمته بأقساطه وفوائده ، فيكون وقت الدفع قد دفع المستحق فى ذمته ، فلا يستطيع أن يسترده بدعوى دفع غير المستحق . وإذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين بعد تقادمه عن طريق الدعوى ، فانه يستطيع أن يتمسك بوجوده بعد تقادمه عن طريق الدفع . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٦٦٩ — سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من التمسك بوجوده عن طريق الدفع : رأينا أن المدين إذا تمسك بتقادم الدين ، فان الدين يسقط ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب به المدين . ولكن إذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين المتقادم عن طريق الدعوى (action) ، فانه يستطيع أن يتمسك بوجوده عن طريق الدفع (exception) . وقد كانت القاعدة فى القانون الفرنسى القديم أن الدعوى إذا كانت تنقضى بالتقادم ، فان الدفع دائم لا يتقادم (quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum) وقد انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسى الحديث ، وقال بها الفقه والقضاء فى فرنسا (١) ، ولا مانع من الأخذ بها فى مصر ، فهى تتمشى مع طبيعة الدفع .

ويقال عادة فى تبرير هذه القاعدة إن التقادم إنما يرد على الدعوى ولا يرد على الدفع . فالدعوى هى التى كان صاحبها يستطيع أن يرفعها خلال مدة التقادم ، فاذا لم يرفعها حتى انقضت هذه المدة ، سقط الحق . أما الدفع فهو

= أما عدم استطاعة المدين أن يسترد ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد فيمكن تفسيره ، كما سنرى ، بأن الدين المتقادم إذا كان لا يمكن التمسك بوجوده عن طريق الدعوى ، فإن هذا لا يمنع من جواز التمسك بوجوده عن طريق الدفع .

(١) توليه ٧ فقرة ٦٠٠ وما بعدها — ترولونج فقرة ٨٢٧ وما بعدها — ديمولومب ٢٩ فقرة ١٣٦ — جيللوار ١ فقرة ٥٣ — فقرة ٥٤ — لارومبيير م ١٣٠٤ فقرة ٣٤ وما بعدها — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧١ ص ٥٢٩ — ص ٥٣١ — وفارن : كوليه دى سانتير ٥ م ١٣٠٤ فقرة ٢٦٥ مكررة سادساً وسابعاً — لوران ١٩ فقرة ٥٧ وما بعدها و ٣٢ فقرة ٣٧٢ — بودرى وتيسييه فقرة ٦١٢ .

طبيعته موضوع لمعارضة طلب يوجه ضد صاحب الدفع . وما دام هذا الطلب لم يوجه ، فكيف يتسنى لصاحب الدفع أن يتمسك به ؟ وجب إذن ، مطاوعة لطبائع الأشياء ، أن يبقى الدفع ما بقى الطلب ، حتى لو انقضت على الدفع مدة التقادم . وهذا هو تفسير ما يقال من أن الدفع لا يتقادم .

ونأتى ببعض تطبيقات لهذه القاعدة :

(١) دعوى البطلان تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت العقد (م ٢/١٤١ مدنى) ، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة . فاذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلا ، وسلم البائع الأرض للمشترى ، استطاع البائع أن يرفع دعوى البطلان فى خلال خمس عشرة من وقت صدور البيع . وهو إذا لم يرفع دعوى البطلان فى خلال هذه المدة ، سقط حقه ، بعد أن قصر فى رفع الدعوى طوال هذا الوقت . أما إذا لم يسلم البائع الأرض للمشترى ، فهو ليس فى حاجة إلى رفع دعوى البطلان ما دامت الأرض فى يده. ولا يمكن أن يعتبر مقصراً إذا هو اطمأن إلى أن البيع باطل وإلى أن الأرض لم تخرج من حيازته . فاذا ما طالب المشترى بتسليم الأرض ، أمكنه أن يدفع هذا الطلب ببطلان البيع . ولكن متى يستطيع التمسك بهذا الدفع ؟ لا يمكنه بطبيعة الحال أن يتمسك به إلا عند ما يرفع المشترى عليه دعوى المطالبة بالتسليم . فاذا فرض أن المشترى أمكنه أن يرفع دعوى التسليم بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، بأن قطع تقادم هذه الدعوى مثلا ، فانه يجب أن يتمكن البائع من الدفع ببطلان البيع ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم ، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع إلا بعد رفع دعوى التسليم . ونرى من ذلك أنه إذا كانت دعوى البطلان تسقط بالتقادم ، فان الدفع بالبطلان لا يتقادم (١) .

---

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ – وإذا كان الدفع ببطلان العقد لا يتقادم ، فإن الدفع بإبطال العقد يتقادم ، كدعوى الإبطال نفسها ، بثلاث سنوات (الوسيط جزء أول فقرة ٣٢١) . وقد جاء فى الجزء الأول من الوسيط فى تبرير هذه التفرقة ما يأتى : « ويلاحظ أن الدفع بالإبطال فى العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان فى العقد الباطل فى أن الدفع فى الحالة الأولى هو فى حقيقته دعوى وكذلك هو فى صورته ، إذ سيتخذ من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد . أما الدفع فى الحالة الثانية فهو –

(٢) فى بيع باطل أجل فيه دفع الثمن ، إذا لم يسلم البائع المبيع إلى المشترى وسكت المشترى عن المطالبة بالمبيع وعن دفع الثمن اعتماداً على بطلان البيع ، فلا يمكن اعتباره مقصراً إذا هو لم يرفع دعوى بطلان البيع فى خلال خمس عشرة سنة . فاذا رفع البائع بعد انقضاء هذه المدة دعوى الثمن على المشترى ، وكانت هذه الدعوى لم تتقادم بسبب تأجيل الثمن ، كان من حق المشترى أن يدفع ببطلان البيع ، ولو أن هذا الدفع قد مضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة ، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل رفع دعوى الثمن (١) .

(٣) إذا تقادم الدين فسقط من وقت مبدأ سريان التقادم ، وكان المدين قد دفع أثناء سريان التقادم بعض أقساط الدين ، فانه لا يستطيع بعد سقوط الدين بالتقادم أن يسترد من الدائن ما دفعه . فهو إذا رفع دعوى استرداد غير المستحق ، استطاع الدائن أن يدفع هذه الدعوى بوجود الدين رغم تقادمه ، فتكون الأقساط المدفوعة مستحقة لا يجوز استردادها (٢) . ونرى من ذلك أن الدائن إذا كان لا يستطيع التمسك بوجود دين متقادم عن طريق الدعوى ، فانه يستطيع التمسك بوجود هذا الدين عن طريق الدفع . وإذا كانت الدعوى تسقط بالتقادم ، فان الدفع لا يتقادم .

= دفع محض ، من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم ، لأنه دعوى والدعاوى يرد عليها التقادم . اما الدفع بالبطلان فلا يتقادم ، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم » (الوسيط جزء أول فقرة ٣٢١ ص ٥٢٣ هامش رقم ١) .

وقاعدة أبدية الدفع أو عدم تقادمه لا تنطبق فى الأحوال الآتية : ١ - فى الدعاوى العارضة ودعاوى المدعى عليه ، كما رأينا . فهذه ليست بدفوع وإنما هى دعاوى ، والدعاوى تتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٦١١) . ٢ - فيما إذا كان الدفع رداً على دفع سبقه ، فدفع الدفع إنما هو دعوى لا دفع . ذلك أن من يدفع الدفع لا يزال فى موقفه مهاجماً لصاحب الدفع الذى التزم موقف الدفاع ، فدفع الدفع ملحق بالدعوى وبهذا الاعتبار يتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٦١٠ ص ٤٥٩) . ٣ - فى المواعيد المسقطة (délais de déchéance) فهذه متى انقضت ، سقط الحق لعدم استعماله فى الميعاد ، فلا يصلح لا طلباً ولا دفعاً (انظر آنفاً فقرة ٥٩٤) .

(١) قارن بودرى وتيسييه فقرة ٦٠٩ ص ٤٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٧٦ ص ٢٥٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٨ .

٦٧٠ — تقادم الدين قد يفيد غير المدين : وإذا انقضى الدين بالتقادم ، فان المدين هو الذى يفيد من هذا الانقضاء إذ تبرأ ذمته من الدين . وقد يفيد من انقضاء الدين غير المدين .

فالكفيل له أن يتمسك بتقادم دين المدين الأصلى كما قدمنا ، فيفيد من انقضاء هذا الدين وإن كان دينه هو لم ينقض بالتقادم . ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، فتى سقط الالتزام الأصلى بالتقادم سقط معه الالتزام التابع .

والمدين المتضامن يفيد أيضاً من تقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر ، بقدر حصة هذا المدين(١) . وقد قدمنا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ مدنى تنص على أنه « إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين » .

وكذلك الدائن المتضامن يحتج عليه المدين بتقادم الدين بالنسبة إلى دائن متضامن آخر ، بقدر حصة هذا الدائن ، وقد تقدم بيان ذلك(٢) .

وإذا تقادم الدين غير المتجزىء بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين ، أفاد من التقادم المدينون الآخرون فى كل الدين لأنه غير متجزىء ، ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هؤلاء المدينين(٣) .

كذلك إذا تقادم الدين غير المتجزىء بالنسبة إلى أحد الدائنين المتعددين ، فان طبيعته غير القابلة للتجزئة تجعله متقادماً بالنسبة إلى باقى الدائنين ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إليهم ، ويستطيع المدين أن يحتج على أى دائن بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة إلى دائن آخر(٤) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٤ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٢ .
(٣) انظر آنفاً فقرة ٢١٧ .
(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٢٥ — وانظر أيضاً كيف يفيد الحائز للعقار المرهون من تقادم الدين المضمون بالرهن آنفاً فقرة ٦٤٩ .

٦٧١ — انتقال الدين المتقادم الى خزانة الدولة فى حالات ينص عليها القانون : والأصل أن الدين إذا سقط بالتقادم ، برئت منه ذمة المدين . ولكن قد يقضى القانون فى بعض حالات استثنائية بأن الدين المتقادم يضيع على الدائن ، ولكن لا تبرأ منه ذمة المدين . بل ينتقل الدين إلى الدولة ، فيدفعه المدين للخزانة العامة . وقد رأينا أن المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ تقضى بأن تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التى أصابها التقادم ، متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التى لم يطالب بها أصحابها ، وكذا الى قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان . وقدمنا (١) أن هذا الحكم مبنى على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزانة الدولة ، فبدلا من أن تؤول هذه المبالغ إلى الشركات والبنوك عن طريق التقادم ، رأى المشرع أن تؤول إلى خزانة الدولة ، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة . فعمد ، بنص تشريعى ، إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزانة العامة .

والتشريع المصرى مأخوذ من تشريع فرنسى هو المادة ١١١ من قانون ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٠ ، ويقضى هذا التشريع فى فرنسا بأن تؤول إلى خزانة الدولة الديون الآتية : ١ — ما يصيبه التقادم الخمسى أو التقادم الاتفاقى من الكوبونات والفوائد والأرباح الناتجة من الأسهم وحصص المؤسسين والسندات المتداولة التى أصدرتها شركات تجارية أو مدنية أو أية هيئات أخرى عامة أو خاصة . ٢ — ما يصيبه التقادم الثلاثينى أو التقادم الاتفاقى من الأسهم وحصص المؤسسين والسندات وجميع الأوراق المالية الأخرى كأوراق النصيب وسندات الخزانة ذات الأجل القصير وبوالص التأمين التى أصدرتها الشركات والهيئات المتقدمة الذكر . ٣ — جميع الودائع والمبالغ المودعة فى البنوك أو مؤسسات الائتمان أو غيرها من المؤسسات التى تتسلم نقوداً كودائع أو كحسابات جارية ، إذا أصابها التقادم . ٤ — جميع السندات والأوراق المالية المودعة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٥ .

فى البنوك أو غيرها من المؤسسات التى تتسلم أوراقاً مالية على سبيل الوديعة أو لأى سبب آخر ، إذا أصابها التقادم .

وينتقد الفقه الفرنسى هذا التشريع ، ويعتبر أنه ينطوى على مصادرة لأموال الأفراد فى غير الأحوال التى تجوز فيها المصادرة (١) . وقد أصاب التشريع المصرى ، كالتشريع الفرنسى ، حظه من الانتقاد(٢) .

---

(١) ويقول الفقه الفرنسى إن هذا التشريع الغريب يستند إلى أن المبالغ التى نقل ملكيتها إلى خزانة الدولة قد أصبحت بتقادمها مالا مباحاً لا مالك له (biens vacants et sans maître) . وهذا غير صحيح ، لا من ناحية قواعد المال المباح ولا من ناحية قواعد التقادم ، للأسباب الآتية : ١ – إن المال المباح إذا كان منقولا لا يكون ملك الدولة ، بل يكون لمن يستولى عليه. ٢ – على أن هذه المبالغ ليست مالا مباحاً أصلا ، فهى ديون لها أصحابها ، وقد تقادمت ، والتقادم لا يقضى الدين إلا إذا تمسك به المدين . فإذا لم تتمسك المصارف والشركات بالتقادم ، بقيت هذه الديون لأصحابها وهم الدائنون . ٣ – وحتى لو تمسكت المصارف والشركات بالتقادم ، فإن القاعدة هى أن الديون التى تسقط بالتقادم تبرأ منها ذمة المدين . أما هنا فقد نقلها المشرع من دائن إلى دائن آخر لا شأن له بها إطلاقاً ، ولم يبرىء منها ذمة المدين .

ويقول الفقه الفرنسى إن المشرع بتشريعه هذا لم ينقل ملكية مال بسبب سائغ من أسباب نقل الملكية ، بل هو قد عمد إلى مصادرة أموال الأفراد فى غير الأحوال التى تجوز فيها المصادرة . ثم إنه قد ألقى الاضطراب والبلبلة فى قواعد التقادم ، إذ أخضع طائفة من الأموال إلى نظام خاص يشذ عن نظام التقادم ، فأثار كثيراً من الصعوبات والمسائل الشائكة . فهل يجوز مثلا للمدين فى الحالات التى عرض لها التشريع ، أن يقر بالدين فيقطع التقادم ؟ وهل يقف سريان التقادم إذا قام سبب يستوجب وقف السريان ؟ وهل إذا دفع الدائن الدين بعد تقادمه إلى المدين ، يجوز له استرداده ؟ وهل يتخلف عن الدين بعد تقادمه التزام طبيعى ؟ وهل يجوز للقاضى أن يحكم بالتقادم من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به المدين ؟ كل هذه صعوبات أثارها هذا التشريع الشاذ ، تدل بذلك على مبلغ الفوضى والاضطراب التى يلقيها المشرع فى المعاملات بين الناس عندما يشرع وهو مشغول باعتبارات مالية تتعلق بالخزانة !

انظر فى كل ذلك : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠١ – جوسران ٢ فقرة ١٠٠٠ ص ٥٢٧ .

(٢) وقد كتبنا عن التشريع المصرى ، فى مقال لنا عن مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، ما يأتى : « وقبل أن نترك قوانين الضرائب نشير إلى نص ورد فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضرائب الدخل . وهو نص لا يخلو من غرابة ، وقد أقحمه المشرع فى المكان الذى وضعه فيه دون مبرر ، ويغلب أن يكون منطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . فقد قضت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات والودائع النقدية وودائع الأوراق المالية وغيرها من الديون التى تكون مستحقة =

المطلب الثانى

تأصيل سقوط الدين بالتقادم

٦٧٢ — الرأى الأول — التمييز بين المديونية والمسئولية (المذهب الجرمانى) : يذهب الفقه الجرمانى إلى التمييز بين عنصرين فى الالتزام : ١ — عنصر المديونية (Schuld, Debitum) ٢ — وعنصر المسئولية (Haftung, Obligatio). فالمديونية هى الواجب القانونى الذى يفرض على المدين ، وينقضى بالوفاء . فاذا لم يقم المدين بالوفاء ، ظهر العنصر الآخر وهو المسئولية ، وبموجبه يجبر المدين على الوفاء(١) .

= للأفراد فى ذمة الشركات والمصارف ونحوها تؤول إلى الحكومة إذا لحقها التقادم . وقد قيل فى تعليل هذا النص ، الذى يخرج على أصول القانون المدنى : إن التقادم مبنى على قرينة الوفاء ، وهذه القرينة منتفية إذا كان المدين شركات أو مصارف لها من انتظام حساباتها ما يقطع فيما إذا كان الدائن قد استوفى حقه منها أو لم يستوفه . فإن كان لم يستوفه فعلا فلا محل لقيام قرينة على الوفاء . ولكن هذا التعليل لا يستلزم أن تحل الحكومة محل الدائن بانقضاء مدة التقادم . ومادمنا قد أبقينا الحق ولم نسقطه بانقضاء هذه المدة ، بعد أن تيقنا من أن الدائن لم يستوفه ، فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه ، لا أن تستولى الحكومة عليه دون مقابل ، فتكون قد نزعت ملكية لغير المنفعة العامة وبدون تعويض» (مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة يناير سنة ١٩٥٢ ص ٨٢ — ص ٨٣) .

(١) ويذهب فقهاء الألمان فى تحليل هذين العنصرين إلى مدى بعيد . فعندهم أن المديونية هى علاقة قانونية تتضمن واجباً قانونياً (rechtliches Sollen) ، ويميزون فى هذه العلاقة بين واجب المدين فى الوفاء وواجب الدائن فى قبول الوفاء . ولا يظهر عنصر الجبر فى أى من هذين الواجبين ، وهو لا يظهر إلا بوجود علاقة المسئولية . وهذه العلاقة هى التى تجعل للدائن سلطاناً ، يمارسه عادة عن طريق الدعوى والتنفيذ الجبرى . فمن الناحية الإيجابية تتمثل المسئولية سلطاناً للدائن ، ومن الناحية السلبية تتمثل خضوعاً من المدين . ثم يميز الفقه الألمانى بين المسئولية الشخصية والمسئولية المالية والمسئولية العينية . ففى المسئولية الشخصية يخضع شخص المسئول لسلطان الدائن ، وكانت هذه المسئولية تقع فى القديم على جسم المدين ، ثم أصبحت الآن تقع على ذمته المالية . وفى المسئولية المالية لا يكون المدين مسئولا مسئولية شخصية فى مجموع ذمته . بل يكون مسئولا مسئولية مالية فى ذمة محددة تحديداً مادياً ، وذلك كمسئولية الوارث عن ديون المورث فالتركة وحدها هى المسئولة ، وكمسئولية المرأة المتزوجة فى أموالها الخاصة عن الديون التى لا تكون =

ويجتمع العنصران عادة فى الالتزام . ولكن يحدث أحياناً أن توجد المسئولية دون المديونية ، كما فى التزام الكفيل ، فهو مسئول عن الدين المكفول دون أن يكون هذا الدين فى ذمته . ويحدث أحياناً أن توجد المديونية دون المسئولية ، كما فى الالتزام الطبيعى ، فالمدين بهذا الالتزام لا يجبر على الوفاء به.

ومن ثم يجيء سقوط الالتزام بالتقادم عن طريق انفصال عنصر المسئولية عن عنصر المديونية فى الالتزام ، واختفاء العنصر الأول بالتقادم مع بقاء العنصر الثانى . فلا يبقى إذن ، فى الالتزام المتقادم ، عنصر المسئولية ومن ثم لا يجبر المدين على الوفاء به . ولكن يبقى عنصر المديونية ، ومن ثم إذا وفى المدين مختاراً الالتزام الذى سقط بالتقادم فانه يوفى ديناً مترتباً فى ذمته ، ولا يكون متبرعاً ، فلا يستطيع استرداد ما وفى به(١) .

= الأموال المشتركة مسئولة عنها . وفى المسئولية العينية تخضع عين معينة من أموال المدين لسلطان الدائن ، وذلك كما فى الرهن والتكاليف العينية والدين العقارى والإيراد العقارى .

انظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٢٤ – فقرة ٢٣٢ .

(١) ويؤيد ذلك أن المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى تنص ، كما رأينا (انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ فى الهامش) ، على ما يأتى : « إذا اكتملت مدة التقادم ، كان للملتزم الحق فى رفض الوفاء بالدين . ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقادمت لا يجوز له استرداده ، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم . ويسرى هذا الحكم أيضاً فى حالة ما إذا صدر من الملتزم إقرار تعاقدى بالدين ، أو تقدم بضمان لكفالته » . وتقضى المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى الألمانى بأن تقادم الدين لا ينهى رهن الحيازة ولا الرهن الرسمى ، بل يبقى الرهنان منتجين لأثرهما بالرغم من تقادم الدين . فبقاؤهما يستند إذن إلى عنصر المديونية الذى بقى بعد زوال عنصر المسئولية (انظر آنفاً فقرة ٦٦٧ فى الهامش) . كذلك يجوز أن يعود عنصر المسئولية إذا صدر من المدين بالاتفاق مع الدائن إقرار بالدين بعد تقادمه ، أو إذا قدم المدين تأميناً لضمان الدين .

على أن التقنين المدنى الألمانى يميز بين الحق وحق الادعاء والدعوى . والفرق بين حق الادعاء والدعوى أن حق الادعاء (prétention, Anspruch) ينشأ بنشوء الحق وقبل الإخلال به ، أما الدعوى فلا تنشأ إلا عند الإخلال بالحق ، فالدعوى هى الجزاء على حق الادعاء . والتقادم يقضى حق الادعاء دون الحق نفسه ، وإذا انقضى حق الادعاء فإن الدعوى لا يمكن أن تنشأ (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ١٩٤ فقرة ١ و م ١٩٨ فقرة ١) . وتنص المادة ١/١٩٤ من التقنين المدنى الألمانى على أن « الحق فى اقتضاء عمل أو امتناع عن عمل من شخص آخر (حق الادعاء) يخضع للتقادم » . ثم تنص المادة ١٩٨ من نفس التقنين على أنه « يبدأ سريان التقادم من اليوم الذى ينشأ فيه حق الادعاء . فإذا كان محل هذا الحق امتناعاً عن عمل ، بدأ سريان التقادم من الوقت الذى يخل فيه المدين بهذا الحق » .

وهذه النظرية الجرمانية ، التي تفسر بعض النظم القانونية الموجودة فى التقنين المدنى الألمانى كالدين العقارى والإيراد العقارى والرهن ، لم يقبلها إلا قليل من الفقهاء فى فرنسا (١) ، ولم تسد فى الفقه الفرنسي و لا فى الفقه اللاتينى بوجه عام (٢) .

٦٧٣ — الرأى الثانى — التقادم يسقط الدعوى دون الحق — لا تميز النظرية التقليدية كثيراً بين الحق والدعوى ، فالفرق بينهما ليس إلا الفرق بين السكون والحركة فى الجسم الواحد، والدعوى ليست إلا الحق متحركاً أمام القضاء ، أو هى جزاء الحق . ولا يوجد حق بدون دعوى ، كما لا توجد دعوى بدون حق . ومحل الدعوى هو نفسه محل الحق . وتشارك الدعوى الحق فى مميزاته وخصائصه ، فتكون مثله عينية أو شخصية ، عقارية أو منقولة .

ولكن النظرية الحديثة أخذت تميز تمييزاً دقيقاً بين الحق والدعوى (٣) . فتتميز الدعوى عن الحق فى السبب ، وسبب الحق هو الواقعة القانونية أو التصرف القانونى الذى أنشأ الحق ، أما الدعوى فسببها النزاع بين المدعى والمدعى عليه حول وجود الحق . وتتميز عن الحق كذلك فى المحل ، فقد يكون محل الدعوى ، ليس فحسب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كما فى الحق ، بل

---

(١) ويؤيد بوبا (Popa) فى رسالته فى المديونية والمسئولية فى القانون المدنى الفرنسى الحديث (باريس سنة ١٩٣٥) الأخذ بالتمييز بين عنصرى المديونية والمسئولية فى الفقه الفرنسى والفقه اللاتينى بوجه عام ، فيميز فى الفقه الفرنسى بين العنصرين ، بحيث يصح أن يوجد أحدهما دون الآخر . فتوجد المديونية دون المسئولية فى الالتزامات الطبيعية ، ومنها ما ينحدر عن التزام مدنى منحل كالتزام المفلس بعد الصلح والتزام ناقص الأهلية بعد إبطال العقد والالتزام الذى سقط بالتقادم ، ومنها ما ينشأ التزاماً طبيعياً منذ البداية كالتزام الوارث بتنفيذ الوصية الباطلة شكلا والالتزام بالنفقة على الأقارب فى غير الأحوال التى نص عليها القانون . وقد توجد المسئولية دون المديونية ، كما هى الحال فى مركز الحائز للعقار المرهون وفى مركز الكفيل العينى .

(٢) انظر فى انتقاد إدخال هذا التمييز فى الفقه اللاتينى الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٤٤ — فقرة ٢٤٥ .

(٣) انظر موريل (Morel) موجز المرافعات سنة ١٩٤٩ ص ٢٦ وما بعدها — جلاسون وتيسييه فى شرح المرافعات ١ فقرة ٨٣١ — جابيو (Japiot) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٤ ص ٦٧٩ وسنة ١٩١٥ ص ٤١٩ .

أيضاً الاعتراف بحالة واقعة أو اتخاذ إجراء وقتى أو إجراء تحفظى . وتتميز الدعوى عن الحق أخيراً فى الأثر ، فالدعوى تضيف إلى الحق عنصراً جديداً يحدد حق الدائن ، كما هى الحال فى الحق الناشىء عن العمل غير المشروع حيث يحدد الحكم طبيعة التعويض ومقداره .

فالتقادم يسقط الدعوى ، دون أن يسقط الحق ، ويبقى الحق بعد التقادم دون دعوى تحميه ، ولكنه مع ذلك يبقى . ولما كان التقادم يلحق الدعوى دون الحق ، فلا بد إذن للمدين من أن يتمسك به ، وله أن ينزل عنه ، ولا يسرى التقادم من وقت نشوء الحق بل من وقت نشوء الدعوى (١) .

وهذا المذهب يقرب كثير من المذهب الذى اختاره الفقه الاسلامى ، فالتقادم فى الفقه الإسلامى لا يسقط الحق ذاته ، ولكنه يقتصر على أن يمنع سماع الدعوى .

٦٧٤ – الرأى الثالث – التقادم يسقط الدعوى والحق معا :

والرأى الذى يتفق مع نصوص التقنين المصرى هو أن التقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى ، بل يسقط الدعوى والحق جميعاً (٢) . فالنصوص صريحة فى أن التقادم يقضى الحق نفسه ، وليس سقوط الدعوى بالتقادم إلا نتيجة لسقوط الحق . ومما يقطع فى أن الحق ذاته هو الذى يسقط ، بعد تمسك المدين بالتقادم ، أن المدين – فى غير الديون التى يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء – لو أقر أمام القضاء بعد أن تمسك بالتقادم أن الدين باق فى ذمته ، فأن إقراره هذا لا يلزمه بالدين ، إذ الدين يكون قد سقط (٣) . أما فى الفقه الإسلامى حيث

---

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧٥ ص ٥٢٤ – ص ٥٦٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٥ ص ٧٣٤ – وفقرة ١٣٩٣ – جوسران ٢ فقرة ٩٩٥ ص ٥٢٤ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٦٨ – فقرة ٢٧٥ – الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٩ و ص ٣٥١ – ص ٣٥٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٨ – استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٩٣ ص ٣٩٦ .

(٣) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١١٠٩ – وقارن الموجز للمؤلف ص ٦٢٤ هامش رقم ١ .

لا يسقط الدين ، فان المنع من سماع الدعوى لا يكون إلا عند الإنكار ، فاذا أقر المدين بالدين سمعت عليه الدعوى وألزم بالوفاء .

بل إن من الفقهاء من ذهب إلى أن التقادم يقضي الدعوى والحق معاً كما تقضيهما الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام ، فلا يتخلف عن الدين المتقادم التزام طبيعي(١). ولكن هذا الرأى لم يسد. والرأى الصحيح هو أنه يتخلف عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم التزام طبيعي . وقد نص على هذا الحكم صراحة التقنين المدنى المصرى فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، فقد رأيناها تقول : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام،ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » . والنص صريح فى أمرين : (أولا) فى أن التقادم يقضي الالتزام ذاته ، ولا يقتصر على أن يقضي الدعوى . (وثانياً) فى أن الالتزام الذى ينقضي بالتقادم يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى .

ومهما يكن من أمر تأصيل التقادم،وهل هو زوال عنصر المسئولية مع بقاء عنصر المديونية،أو هو يلحق الدعوى دون الحق، أو هو يلحق الدعوى والحق معاً ، فانه يبدو لنا أن هذه الآراء لها أهميتها الفقهية ، ولكن النتيجة العملية واحدة فيها جميعاً . فان قلنا إن التقادم يسقط عنصر المسئولية ويستبقى عنصر المديونية ، فهذا معناه أن الحق يبقى مقصوراً على عنصر المديونية وحده ، وهذا هو الالتزام الطبيعى . وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى دون الحق ، فهذا معناه أن الحق يصبح بعد التقادم مجرداً من دعوى تحميه ، وهذا هو أيضاً الالتزام الطبيعى . وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى والحق معاً ، فلا شك فى أنه يتخلف هنا أيضاً عن سقوط الدعوى والحق التزام طبيعى يحل محل الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم . فنى جميع هذه المذاهب يتخلف عن تقادم الحق التزام طبيعى ، وهو التزام قد انحدر من مرتبة الالتزام المدنى فى المذهبين الأولين ، وارتفع عن مرتبة الواجب الأدبى فى المذهب الثالث .

فننظر الآن فى الآثار التى تترتب على هذا الالتزام الطبيعى .

---

(١) ترولونج ١ فقرة ٢٩ — لوران ٣٢ فقرة ٢٠٥ — هيك ١٤ فقرة ٨٣٨

المطلب الثالث

تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم

٦٧٥ – الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى المتخلف عن الالتزام المتقادم: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدنى تنص صراحة على تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى المتقادم . والآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى هى نفس الآثار التى تترتب على أى التزام طبيعى .

وقد رأينا (١) أن آثار الالتزام الطبيعى ينظر إليها من نواح خمس: (١) من ناحية إمكان الوفاء به (٢) ومن ناحية صلاحيته ليكون سبباً لإنشاء التزام مدنى (٣) ومن ناحية المقاصة (٤) ومن ناحية الكفالة (٥) ومن ناحية الحق فى الحبس .

٦٧٦ – الوفاء – يجوز الوفاء بالالتزام الطبيعى المتخلف عن التزام مدنى متقادم بنفس الشروط التى يجوز بها الوفاء بأى التزام طبيعى آخر . فيشترط إذن أن يكون الوفاء عن بينة واختيار . والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه . فاذا كان المدين ، بعد التمسك بالتقادم وإسقاط الالتزام المدنى ، قد استجاب لداعى ضمير: فوفى عن بينة واختيار الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام المدنى ، كان هذا التنفيذ وفاء لا تبرعاً . فلا يشترط فى الوفاء شكل خاص ، ولا تشترط أهلية التبرع ، ولا يجوز للمدين أن يسترد ما وفاه (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعى لا يتخلف عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم ، إلا إذا كان المدين لم يوف الدين الذى عليه ، واعتمد فى التخلص من مطالبة الدائن على التمسك بالتقادم . فيكون ضميره الرقيب عليه

---

(١) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٣٩٩ وما بعدها .

(٢) انظر فى هذه النتائج وفى غيرها الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٠ .

فى هذه الحالة ، وإذا كان قد أغفل الوفاء بدينه المدنى ، فقد يحرص على الوفاء بالتزامه الطبيعى . أما إذا كان قد وفى الدين فعلا للدائن ، ثم تمسك بعد ذلك بالتقادم تخففاً من عبء إثبات الوفاء ، فلا محل للقول بتخلف التزام طبيعى ، بل ينقضى الدين بالتقادم دون أن يتخلف عنه شىء . فالأمر إذن موكول إلى ضمير المدين ، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله .

وقد قدمنا أن الدين قبل التمسك بالتقادم يبقى التزاماً مدنياً بالرغم من اكتمال المدة ، فان وفاه المدين حتى عن غلط لم يجز له استرداده . أما بعد التمسك بالتقادم فانه يتحول إلى التزام طبيعى ، إن وفاه المدين عن غلط — بأن وفاه الوارث مثلا وهو يجهل أن المورث قد تمسك بالتقادم — جاز له أن يسترده .

٦٧٧ — انشاء التزام مدنى : ويجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعى المتخلف عن التزام مدنى متقادم سبباً صحيحاً لإنشاء التزام مدنى جديد غير الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم . فاذا كان المدين — بدلا من أن يفى بهذا الالتزام الطبيعى — يتعهد بأن يفى به ، فانه ينشىء بهذا التعهد التزاماً مدنياً فى ذمته يجبر على الوفاء به . ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً ، فلا يكفى مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى فى ذمته (١) .

والالتزام المدنى الجديد ، الذى أنشىء على أساس سبب صحيح هو الالتزام الطبيعى ، يتميز عن الالتزام المدنى القديم الذى سقط بالتقادم . فهو التزام مدنى جديد مصدره الوعد الذى صدر من المدين بوفاء الالتزام الطبيعى (٢) ، ويسرى فى حقه تقادم جديد (٣) يبدأ من وقت استحقاقه .

---

(١) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠١ .
(٢) والوعد هنا عقد يتم بإيجاب وقبول من المدين والدائن .
(٣) ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، حتى لو كانت مدة التقادم السابق أقل من ذلك .

٦٧٨ – المقاصة : ولا تجوز المقاصة القانونية فى الالتزام الطبيعى المتخلف عن التزام مدنى متقادم، فان المقاصة القانونية تنطوى على وفاء إجبارى للدين ، وهذا لا يجوز فى الالتزام الطبيعى(١) .

وغنى عن البيان أن المقاصة القانونية جائزة فى الالتزام قبل التمسك بتقادمه ، إذ يكون الالتزام فى هذه الحالة لا يزال التزاماً مدنياً لم يسقط بالتقادم . فاذا كانت مدة تقادمه قد اكتملت جازت المقاصة فيه إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم(٢). أما إذا كانت مدة التقادم لم تكتمل ، وقعت المقاصة ، حتى لو لم يتمسك بها الدائن إلا بعد اكتمال المدة وتمسك بها بعد تمسك المدين بالتقادم . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٦٦ مدنى ، وقد سبق بيان ذلك (٣) .

ويلاحظ أنه إذا كان الذى يتمسك بالمقاصة هو المدين فى دين عليه بدأ فيه سريان التقادم ، فان تمسكه بالمقاصة يعتبر إقراراً منه بالدين . ويكون هذا الإقرار إذا صدر أثناء سريان التقادم قاطعاً له ، وإذا صدر بعد اكتمال المدة نزولا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه .

٦٧٩ – الكفالة : ولا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى المتخلف عن التزام مدنى متقادم ، إذا قصد بالكفالة أن يترتب فى ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعى (٤) .

ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعى وهو يعتقد أنه التزام مدنى ، فان التزامه يكون التزاماً طبيعياً مثل الالتزام الأصلى ، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين (٥) .

---

(١) الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٥١ وفقرة ٦٦٥ .

(٤) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٣ .

(٥) قارب المادة ٧٨٠ مدنى . وانظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٣ .

وإذا كفل الكفيل الالتزام قبل التمسك بالتقادم ولكن بعد اكتمال مدته ، فان كان المدين هو الذى اتفق مع الكفيل على أن يكفله ، عد ذلك منه نزولا عن حقه فى التقادم بعد ثبوته ، فيبقى التزامه مدنياً تصح كفالته ، ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً صحيحاً (١) . وإن كان الكفيل هو الذى تقدم للكفالة بدون أمر المدين ، فلا يعتبر المدين قد نزل عن حقه فى التقادم ، فله أن يتمسك به فيسقط التزامه ويسقط التزام الكفيل تبعاً لذلك ويتخلف عن كل منهما التزام طبيعى ، بل وللكفيل أن يتمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين فيسقط التزامه ويتخلف عنه التزام طبيعى (٢) .

٦٨٠ — **الحبس** — القاعدة العامة أنه لا يجوز للدائن فى التزام طبيعى أن يحبس فى يده عيناً للمدين حتى يستوفى حقه ، لأن الالتزام الطبيعى لا يجوز الحبس من أجله ، وإلا كان فى هذا جبر على تنفيذه ، وهذا لا يجوز (٣) .

ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء إذا اقترنت بالقاعدة التى تقضى بأن الدفوع أبدية لا تتقادم ، وهى القاعدة التى سبق ذكرها (٤) . ونفرض ، لبيان ذلك ، أن شخصاً باع عقاراً لآخر ، واتفقا على دفع الثمن فى الحال وعلى أن يكون تسليم المبيع بعد سنة ، ولم ينفذ العقد أى من الطرفين . فى هذه الحالة ، يسقط بالتقادم حق البائع فى استيفاء الثمن قبل سقوط حق المشترى فى تسلم العقار المبيع . فاذا رفع المشترى دعوى يطالب البائع بتسليم العقار المبيع ، وذلك بعد سقوط حق البائع فى استيفاء الثمن ، فان البائع يستطيع استبقاء العقار المبيع محبوساً فى الثمن عن طريق الدفع ، وإن كان حقه فى الثمن قد تقادم عن طريق الدعوى (٥) . فيكون الحق فى الحبس فى هذه الحالة ضامناً لحق سقط بالتقادم ، إذ حبس الدائن فى التزام طبيعى عيناً للمدين فى يده ، على خلاف القاعدة التى تقدم ذكرها .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .
(٣) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٦٤٢ ص ١١٤٣ .
(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٦٩ .
(٥) انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٣٣٩ .

أما إذا كان الدين المحبوس من أجله هو عبارة عن مصروفات أنفقت على عين فى يد المدين ، فان حق المدين فى اقتضاء هذه المصروفات لا يتقادم ما دام حابساً العين فى يده (١) . ذلك أن الحبس هنا ، كحبس العين المرهونة رهناً حيازياً ، يعتبر قاطعاً للتقادم على وجه مستمر ، والتقادم لا يكتمل ما دام منقطعاً . ولا بد من أن يقبل المدين رد العين إلى صاحبها حتى يزول الانقطاع ، فيسرى التقادم من جديد ، ويتهيأ له بذلك أن يكتمل .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣٤ – وقارن: استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤.

فهرس
لمشتملات الكتاب

القسم الأول
أوصاف الالتزام

صفحة

الباب الأول
الشرط والأجل

الفصل الأول
الشرط

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

الأجل

صفحة

صفحة

الباب الثانى

تعدد محل الالتزام

الفصل الاول

الالتزام التخـييرى

صفحة

الفصل الثانى

الالتزام البدلى

صفحة

الباب الثالث

تعدد طرفى الالتزام

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

الفصل الثانى

الالتزام التضامنى

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام

صفحة

القسم الثانى
انتقال الالتزام

تمهيد

صفحة

الباب الأول
حوالة الحق

الفصل الاول

أركان حوالة الحق

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الحق

صفحة

الباب الثانى

حوالة الدين

صفحة

الفصل الأول

أركان حوالة الدين

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على حوالة الدين

صفحة

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

صفحة

الباب الاول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً

الوفاء

الفصل الاول

طرفا الوفاء

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى

محل الوفاء

صفحة

الباب الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

صفحة

الفصل الأول

الوفاء بمقابل

الفصل الثاني

التجديد والإنابة في الوفاء

صفحة

صفحة

الفصل الثالث

المقاصة

صفحة

الفصل الرابع

اتحاد الذمة

صفحة

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

الفصل الاول

الإبراء

الفصل الثانى

استحالة التنفيـذ

صفحة

الفصل الثالث

التقادم المسقط

صفحة

صفحة

صفحة